



**Secrétariat Générale pour les Affaires Régionales**

-

**Plateforme Régionale des Achats**

# **Document de travail relatif à la "*Boîte à outil*" en matière d'achat public innovant**

***Recherche & développement, innovation  
et expérimentation***

# Sommaire

<b>Sommaire</b>	<b>2</b>
<b>Introduction Générale</b>	<b>3</b>
I. Contexte	3
II. Objectifs	4
III. Public visé	5
IV. Plan	5
<b>La notion d'achat public innovant</b>	<b>7</b>
I. Sur le concept d'innovation	9
II. Les dimensions de l'achat public d'innovation	29
III. Typologies des achats innovants	34
IV. Définition synthétique de l'achat public innovant	39
<b>Problématique principale : quid de la disponibilité ?</b>	<b>41</b>
<b>Hypothèse n°1 : Indisponibilité de la solution</b>	<b>44</b>
I. La notion d'expérimentation	44
II. Modalités contractuelles	66
<b>Hypothèse n°2 : disponibilité de la solution</b>	<b>109</b>
I. Les indices possibles	110
II. Les marchés publics d'achat de solutions innovantes	121
<b>Hypothèse n°3 : La contractualisation d'offres innovantes hors achats publics innovants</b>	<b>128</b>
I. Penser l'innovation autrement	128
II. La captation indirecte des offres innovantes	130
III. Les instruments de captation des offres innovantes	130
<b>Glossaire</b>	<b>134</b>
<b>Table des matières</b>	<b>139</b>

# Introduction Générale

## I. Contexte

En 2012, le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi a entendu faire de la commande publique un levier au soutien de la capacité d'innovation des entreprises<sup>1</sup>. Il s'agit alors de la concrétisation d'une idée politique en germe depuis le début des années 2000, qui consiste à considérer l'achat public comme l'une des principales pistes d'action publique permettant de stimuler de manière manifeste la capacité d'innovation des entreprises situées sur le territoire français<sup>2</sup>. Dans cette optique, les pouvoirs publics en général, l'État en particulier est appelé à montrer l'exemple en cherchant à répondre à ses besoins via l'acquisition de solution innovante<sup>3</sup>. Il est alors question de se donner les moyens de valoriser un discours d'ensemble favorable à l'innovation<sup>4</sup>.

L'une des mesures qui en résulte exige qu'au moins 2 % des contrats de commande publique passés par les services de l'État et par ses établissements publics soient effectués auprès d'entreprises innovantes (cf. circulaire du Premier ministre en date du 25 septembre 2013)<sup>5</sup>.

En outre, au niveau communautaire, les instances, conscientes que la recherche et l'innovation comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future, ont placées ces thématiques au cœur de la stratégie Europe 2020 qui tend à renforcer les bases scientifiques, technologiques et par extension la compétitivité des États membres de l'UE<sup>6</sup>.

Les acheteurs sont, dans ce cadre, invités à faire le meilleur usage stratégique possible des marchés publics pour stimuler l'innovation, et cela pour deux raisons. D'une part, l'acquisition de produits, travaux ou services innovants joue, à ce titre, un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics, tout en surmontant les grands enjeux rencontrés par la société.

D'autre part, l'innovation aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics et à la promotion d'une croissance durable, en dégagant de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, ainsi que leur concrétisation sous la forme de produits et services nouveaux.

---

<sup>1</sup> BESSON (E.), *France numérique 2012 : plan de développement de l'économie numérique*, La Documentation française, 2008.

<sup>2</sup> Circulaire du Premier Ministre, *Soutien à l'innovation par l'achat public*, 23 septembre 2013.

<sup>3</sup> BECK (M.), *Éclairage sur l'achat d'innovation*, DAE, présentation du 15 janvier 2018 : « *Les achats doivent cultiver l'idée que tout besoin peut donner lieu à une recherche d'innovation (la recherche de l'innovation rentre dans la logique même du métier d'acheter / satisfaire le besoin dans de meilleurs conditions)* ».

<sup>4</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « *L'achat public apparaît à cet égard comme un outil essentiel. La stimulation de la capacité d'innovation par l'achat public a été citée par notre interlocuteur suédois (le vice-président R&D de Scania) comme un des facteurs expliquant la forte capacité d'innovation des entreprises suédoises.* ».

<sup>5</sup> Circulaire du Premier Ministre, *Soutien à l'innovation par l'achat public*, 23 septembre 2013 ; voir également, BECHT (O.), GASSILOU (T.), « *Rapport sur les enjeux de la numérisation des armées* », Commission de la défense nationale et des forces armées, Assemblée Nationale, n°996, 30 mai 2018.

<sup>6</sup> Commission européenne, *Guide sur la prise en compte des solutions innovantes dans les marchés publics*, 10 éléments de bonnes pratiques, Document de travail des services de la Commission européenne, 2007.

Afin de concrétiser ces considérations, la dernière réforme européenne relative au droit de la commande publique (directives 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE) a instauré une procédure spécifique permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'établir un partenariat d'innovation, dans l'optique de la recherche, du développement puis de l'acquisition ultérieure d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux ou sensiblement améliorés. Le partenariat d'innovation est donc venu enrichir les dispositions déjà instaurées dans le corpus juridique relatif aux contrats d'achats publics<sup>7</sup>.

En outre, la thématique de l'innovation a progressivement irrigué l'ensemble des règles qui encadrent la commande publique<sup>8</sup>.

Cependant, le droit de la commande publique (originellement européen puis transposé dans la législation française via l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016) n'a pas spécifiquement proposé un chapitre relatif aux achats innovants.

Il en résulte que les acteurs de la commande publique innovante (acheteur, chargé de mission...) ne bénéficient pas d'une présentation synthétique qui leur permettrait de rapidement et efficacement prendre en main les enjeux relatifs à cette thématique.

Toujours sur le même point, le manque de définition concernant les principaux concepts (Innovation, R&D, expérimentation, carence, nouveauté...) constitue également un frein au déploiement de politiques publiques axées sur la promotion des savoirs et des nouvelles technologies

## II. Objectifs

Afin justement de pallier ce déficit structurel, le Kit R&D constitué par la Plate-forme régionale des achats de l'État en PACA, innovation et expérimentation propose trois solutions :

1. Il s'agit de fournir une « *boite à outil de des achats publics innovants* » qui aura pour objet de présenter dans un seul document toutes les opportunités offertes par le droit public lorsqu'il est question d'investir le champ de l'innovation ;
2. Cet outil apporte des définitions relativement les notions essentielles dans le cadre de cette thématique.
3. Son objectif est d'initier des débats autour de points qui, en raison du silence du texte, n'ont pas été directement et clairement abordés (laissant ainsi des problématiques non dissipées).

Ce Kit n'a, en aucun cas, pour vocation de se substituer au Guide de l'achat innovant introduit par la DAJ à la fin de l'année 2014. Au contraire, ces deux documents seront complémentaires, puisque le second regroupe des conseils et des bonnes pratiques spécifiquement liés aux achats innovants (notamment en ce qui concerne les phases de définitions du besoin, de négociation et d'analyse des offres) ce que le kit ne proposera pas (s'arrêtant surtout sur les aspects juridiques et leurs conséquences sur stratégie d'investissement).

---

<sup>7</sup> SORBARA (J.-G.), « Marchés publics et innovation », *Contrats et Marchés Publics*, n°6, juin 2014, p. 56.

<sup>8</sup> GUEZOU (O.), « Commande publique : de l'innovation des offres à une demande innovante », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p.3.

Par ailleurs, la PFRA PACA n'a pas, à la différence de la DAJ, vocation à fournir une doctrine juridique officielle. Les positions adoptées dans le présent document de travail n'engagent que les auteurs. Ces positions sont appelées à être critiquées et débattues.

### III. Public visé

Le Kit R&D, innovation et expérimentation s'adresse à un public varié. Tout d'abord, aux acheteurs (qu'ils soient référents innovation ou débutants dans cette matière). Ensuite, aux juristes contrats (qui souhaitent orienter au mieux leur équipe sur le meilleur instrument contractuel possible en fonction du projet déterminé en amont). Enfin, aux chargés de mission et autres acteurs de l'innovation dans le secteur public (dont le rôle est davantage de préciser la stratégie à adopter en ce qui concerne la conduite des politiques publiques favorables à l'innovation).

Il en résulte que le discours employé dans le cadre de ce Kit alterne entre des passages théoriques et d'autres plus opérationnel. Le Kit ne concerne pas uniquement les représentants des services déconcentrés et des établissements publics de l'État en PACA (ni exclusivement aux représentants de l'État dans leur ensemble). Au contraire, ce document assume sa tendance à toucher l'inter-fonction publique, puisqu'il a été estimé que ces problématiques concernées tous les acteurs du secteur public, peu importe leur service, collectivité ou organisme de rattachement.

### IV. Plan

Afin de détailler et d'appréhender les différentes étapes décisionnelles contenues dans cette arborescence, un plan en cinq parties est proposé. Ce dernier est ainsi composé :

1. Une réflexion sur la notion « *d'achat public innovant* » (I) ;
2. Une présentation de la problématique générale relative à la « *disponibilité* » de l'innovation (II).
3. Deux hypothèses en résulteront avec, d'une part, une situation où l'achat porte sur une solution qui n'existe pas encore (III) et d'autre part, l'exposé du cas inverse, où l'achat porte sur une solution déjà disponible sur le marché (IV).
4. *In fine*, des pistes seront données afin de mettre en lumière les instruments propres au droit de la commande publique sur lesquels l'autorité adjudicatrice pourra s'appuyer pour stimuler l'innovation et les offres innovantes sans pour autant avoir recours aux contrats et aux procédures qui relèvent de la catégorie des achats publics innovants. Il s'agit donc d'identifier les moyens qui permettent d'innover dans le contexte des "achats courants" (V).

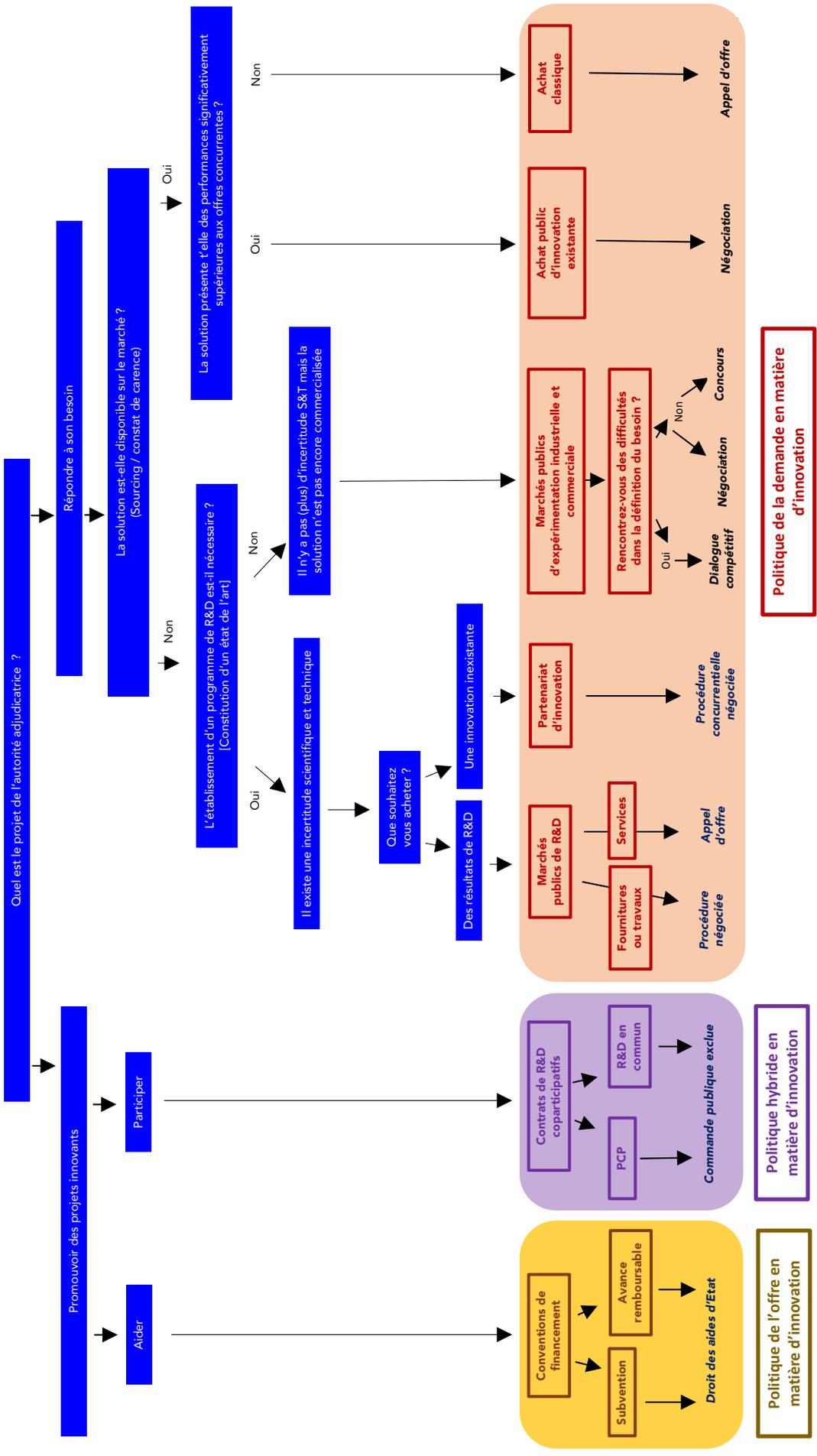


Figure n°1 : Arborescence type.

## La notion d'achat public innovant

Le droit de la commande publique propose des outils adaptés à l'achat de solutions innovantes. Eu égard à cette qualification « *d'achat public innovant* », il est parfois possible de conclure un contrat de gré à gré, d'établir un partenariat d'innovation, le plus souvent de négocier via une PCN (procédure concurrentielle avec négociation) ou sans aucune publicité ni mise en concurrence.

Mais pour avoir accès à ces mécanismes, qui sortent manifestement du cadre par rapport aux procédures d'appel d'offres classiques, parfaitement adaptées à l'acquisition de prestations – travaux, fournitures ou services – standards, encore faut-il être capable de répondre à la question qui suit : Qu'est-ce qu'un achat public innovant ?

A cette problématique, le droit de la commande publique, notamment au travers de l'article 25.II.2 du décret du 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics apporte la réponse qui suit :

*« 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 »<sup>9</sup>.*

Cette définition a le mérite d'exister, mais force est de constater qu'elle n'est pas particulièrement précise puisqu'elle laisse certaines zones d'ombre et par extension des questions en suspens. Que faut-il entendre par « *nouveaux ou sensiblement améliorés* » ? Comment évaluer ces caractères ? Quels en sont les limites ? De quelle « *mise en œuvre* » est-il question ?

Davantage de précision sont apportées par la Circulaire du Premier Ministre en date du 25 septembre 2013, portant « *soutien à l'innovation par l'achat public* »<sup>10</sup>. Dans son « *annexe 1 : définition à retenir pour l'achat d'innovation* », le document indique :

*« Dans la définition retenue par l'OCDE, l'achat d'innovation recouvre l'achat de produits qui n'existent pas, mais pourraient probablement être développés dans un temps raisonnable.*

*Dans le cadre de la préparation des feuilles de route, les ministères et établissements publics cibleront les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.*

*Les achats de R&D ayant pour objectif de favoriser l'émergence d'une solution qui n'existait pas sur le marché sont également pris en compte.*

---

<sup>9</sup> Cette définition est directement inspirée de l'article 2-22° de la directive 2014/24/CE.

<sup>10</sup> Circulaire du Premier Ministre, *Soutien à l'innovation par l'achat public*, 23 septembre 2013.

*Les achats de produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation. Ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.*

*Il convient également de mentionner les achats socialement innovants ».*

De surcroît, le champ de cette définition semble plus étendu que celle proposée par la Direction général de la compétitivité de l'industrie et des services, reprise par le guide de la Direction des affaires juridiques dans son guide de 2014. En l'occurrence, le concept d'achat public innovant se limite à « *l'achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse améliorée à un besoin existant* »<sup>11</sup>.

Dans cette circonstance, l'innovation ne semble concerner que les produits ? Pourtant, le guide rapporte également que le Ministère de la recherche considère que « *l'innovation, c'est la mise en œuvre, par une entreprise, une association, une institution publique d'un produit, d'un procédé ou d'un service nouveau* », c'est-à-dire ceux qui ne serait pas encore commercialisés ou ceux dont « *la première commercialisation remonte à moins de deux ans* » ?<sup>12</sup>

Toutes les réponses aux interrogations soulevées précédemment ne sont pas évidentes, les textes, communautaires et français, étant particulièrement laconique – voir même parfois nébuleux – sur le sujet.

Autrement formulé, le droit de la commande publique propose une définition de l'achat public innovant, mais ne fournit pas les instruments permettant une juste qualification juridique de ce phénomène. Mais il n'en demeure pas moins qu'il est possible de compenser cette carence en se référant à d'autres discours, principalement juridique, mais pas uniquement, qui s'intéressent à la notion d'innovation.

Avant de préciser la notion d'achat public innovant, il paraît indispensable de cadrer, autant que possible le concept d'innovation (**A**). Une fois ce cadre posé, il sera plus aisé d'engager une réflexion sur les différentes limites propres à l'achat public innovant (**B**). Sur ces deux bases, il sera possible de proposer, d'une part, une typologie des achats publics innovants, conforme aux dispositions du droit de la commande publique (**C**) d'autre part, une définition synthétique de l'achat public innovant (**D**).

---

<sup>11</sup> DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant – Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public*, Janvier 2014, version 2 ; voir également, BECK (M.), *Éclairage sur l'achat d'innovation*, DAE, présentation du 15 janvier 2018 : « *Sont innovants les achats de produits ou services nouveaux ou sensiblement améliorés, non encore commercialisés ou commercialisés depuis moins de deux ans, dans le but d'apporter une réponse à un besoin nouveau ou non couvert, ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.* »

<sup>12</sup> *Idem*.

## I. Sur le concept d'innovation

L'innovation est une notion complexe<sup>13</sup> eu égard à la multiplicité des discours, économique, statistique, sociologique, philosophique ou encore juridique qui s'intéressent à ce phénomène<sup>14</sup>. Il n'est donc pas vraiment possible de dégager une définition unique (A). Pour autant, cette multiplicité notionnelle n'empêche pas de dégager des invariants sur la base desquels il sera possible de s'appuyer pour identifier la présence, ou au contraire l'absence, du "caractère innovant" (B).

### A. Les définitions de l'innovation

Étymologiquement, le fait d'innover – *innovare* en latin – désigne l'action d'intégrer une nouveauté relativement à un cadre existant, un changement vers l'intérieur, littéralement<sup>15</sup>. Ce n'est que récemment, sur l'échelle de l'histoire de ce concept, qu'il a été rapproché de l'idée d'une évolution technologique<sup>16</sup>. Cependant, même cette conception très radicale tend à s'atténuer, notamment en raison du développement de réflexion sur les innovations sociétales et non-marchandes<sup>17</sup>.

Il est proposé d'opérer une analyse fondée sur les oppositions majeures qui résultent du caractère complexe de cette notion. Trois dichotomies seront plus particulièrement mises en évidence :

1. La relation processus/résultat (1) ;
2. La relation technologique/sociale (2) ;
3. La relation disruption/continuité (3) ;
4. Sur cette base, une définition synthétique et globale de l'innovation sera proposée (4).

---

<sup>13</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « L'innovation est un terme extrêmement large qui désigne l'adoption de toute idée nouvelle par le marché ou par l'entreprise ».

<sup>14</sup> GODIN, B. (2008), *Innovation : the History of a Category*. Project on the Intellectual History of Innovation Working Paper, (1) : « Novation is a term that first appeared in laaw in the thirteenth century. It meant renewing an obligation by changing a contract for a new debtor ».

<sup>15</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « L'innovation revêt des formes multiples. Elle porte à la fois sur l'offre, sur le processus et sur les modèles économiques. L'innovation d'usage joue un rôle essentiel, dont il ne faut pas sous-estimer l'impact économique. Même pour les innovations technologiques, une analyse des usages constitue un facteur essentiel pour stimuler leur adoption et leur utilisation, seuls génératrices de revenus ».

<sup>16</sup> GODIN, B (2012), *Innovation Studies : The Invention of a Specialty*, *Minerva*, 50(4), 397-421

<sup>17</sup> <https://www.franceculture.fr/emissions/la-conversation-scientifique/de-quoi-linnovation-est-elle-le-nom>

## 1. Première dichotomie : Le processus et le résultat

Partons du postulat suivant, pour comprendre le concept d'innovation, il est nécessaire de clairement distinguer le résultat concret (la solution qui prend la forme d'un produit, d'un procédé, d'un service...) de l'action d'innover qui permet d'atteindre ledit résultat<sup>18</sup>. Ainsi, l'innovation doit être considérée comme un concept amphibologique<sup>19</sup>, qui désigne simultanément un processus (a) et le résultat (b) de ce processus.

### a. L'innovation comme processus

En tant que processus<sup>20</sup>, il est alors question de l'action d'innover, les activités d'innovation sont définies par les experts de l'OCDE comme « *l'ensemble des démarches scientifiques, technologiques, organisationnelles, financières et commerciales, y compris l'investissement dans de nouvelles connaissances, qui mènent ou visent à mener à la réalisation de produits, de procédés et de services nouveaux ou améliorés* »<sup>21</sup>. Une autre définition plus générale peut également être retenue.

En l'occurrence, il est possible de retenir que l'innovation désigne « *l'exploitation de nouvelles idées dans de nouveaux produits ou services, de nouveaux modèles économiques ou de nouvelles manières de travailler* »<sup>22</sup>.

En d'autres termes, pris comme un processus, l'innovation tend à l'introduction d'une nouveauté sur le marché (ou dans les pratiques si l'on se place à l'endroit des expérimentations sociales)<sup>23</sup>. Deux caractéristiques découlent de cette définition.

---

<sup>18</sup> En ce sens, le Larousse distingue « l'action d'innover » et « le résultat de cette action » tandis que le Petit Robert distingue « *la chose nouvelle* » et « *l'introduction de cette chose nouvelle, encore inconnue, dans une chose établie* » ; voir par ailleurs, Edison, H., Ali, N.B., & Torkar, R. (2014), « Towards innovation measurement in the software industry » *Journal of Systems and Software* 86(5), 1390–407 : « *The two main classifications are innovation as an outcome and as a process. As an outcome innovation may include new products and processes while as a process it refers to a combination of a number of activities that generate innovation output* ».

<sup>19</sup> *Idem* : « *Innovation is: production or adoption, assimilation, and exploitation of a value-added novelty in economic and social spheres; renewal and enlargement of products, services, and markets; development of new methods of production; and establishment of new management systems. It is both a process and an outcome* », nous soulignons.

<sup>20</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « *L'innovation ne survient pas par hasard ou par à-coups, elle résulte de processus itératifs de long terme intégrant des ingrédients, des démarches et des résultats* ».

<sup>21</sup> Manuel d'OSLO.

<sup>22</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009.

<sup>23</sup> DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant – Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public*, Janvier 2014, version 2 : « *on entend par innovation le transfert réussi d'une idée à sa réalisation sur le marché* ». Le guide rapporte, par ailleurs que le Ministère de la recherche considère que « *l'innovation, c'est la mise en œuvre, par une entreprise, une association, une institution publique d'un produit, d'un procédé ou d'un service nouveau* » ; voir également Bertrand Wert, DG entreprise et industrie, *Conférence européenne les achats publics et privés d'innovation, des leviers pour la croissance des TPE-PME*, 5 juillet 2012, Paris.

(i). L'innovation comme processus global

L'innovation constitue une catégorie générale, qui regroupe des activités diverses, notamment, la R&D, l'ingénierie, l'industrialisation, la commercialisation, ou encore les expériences sociales<sup>24</sup>. Toutes ces activités ne sont pas nécessairement innovantes, mais toutes participent à l'élaboration d'une solution innovante.

L'innovation peut faire l'objet d'une sectorisation. A titre d'exemple, il est tout à fait possible d'innover sans mener à bien des travaux de R&D qui ont pour objet de générer des découvertes et des progrès technologiques<sup>25</sup>. L'innovation s'étend au delà. Cette affirmation est d'ailleurs clairement posée par la doctrine constituée autour du crédit d'impôt en faveur de la recherche.

Les travaux de recherche doivent présenter la caractéristique de se situer constamment dans l'avancée des connaissances. Les activités de développement expérimental tendent l'instauration d'une nouveauté ou à une amélioration substantielle qui doit se situer bien au-delà de la simple utilisation des techniques comprises dans l'état de l'art existant<sup>26</sup>.

Or, un perfectionnement apporté par une société à une solution, peut très bien constituer une amélioration de techniques existantes, dépourvues de caractère substantiel, suffisamment inventive pour justifier l'obtention d'un brevet, mais insuffisante pour bénéficier du crédit d'impôt recherche<sup>27</sup>. Ce mécanisme n'a pas pour objectif de récompenser « *une innovation, aussi ingénieuse soit-elle* », mais uniquement les efforts de recherche et de développement potentiellement entrepris pour sa réalisation<sup>28</sup>. En d'autres termes, il est tout à fait possible

---

<sup>24</sup> Idem, p.103 : « *les activités d'innovation sont toutes les démarches scientifiques, technologiques, organisationnelles, financières et commerciales, y compris l'investissement dans de nouvelles connaissances, qui mènent ou visent à mener à la mise en œuvre d'innovations. Certaines de ces activités peuvent être véritablement novatrices en elles-mêmes tandis que d'autres sont nécessaires pour la mise en œuvre d'innovations. Sont également incluses les activités de recherche fondamentale qui (par définition) ne sont pas liées directement au développement d'une innovation spécifique.* »

<sup>25</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « *Si la R&D est essentielle dans de nombreuses activités, elle ne peut être considérée ni comme une condition nécessaire, ni comme une condition suffisante de l'innovation : (...) pas suffisante car le processus qui mène de la R&D à l'innovation est indirect et semé d'embûches, la R&D aboutissant en cas de succès à l'invention, qui elle-même peut générer – ou non – des innovation. (...) La R&D constitue donc une source privilégiée mais non exclusive de l'innovation et de la croissance* ».

<sup>26</sup> CE, 10<sup>èmes</sup> et 9<sup>èmes</sup> sous-sections réunies, 13 novembre 2013, *Sté Groupement d'études matériels techniques*, req. N°341432 : « *qu'en déduisant de ces dispositions que le dépôt d'un brevet ne suffit pas, à lui seul, à établir le caractère substantiel d'innovations techniques, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'en relevant que les perfectionnements apportés par la société à certains matériels constituaient des améliorations de techniques existantes dépourvues de caractère substantiel alors même que certains des projets en cause avaient été suivis du dépôt d'un brevet, la cour a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ;* »

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> Réponse Ministérielle, Houillon, n°37202, JO AN du 17 mars 2009 : « *Dès lors, les opérations de recherche scientifique et technique qui couvrent les trois domaines de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental entrent dans le champ d'application du crédit d'impôt recherche. Par ailleurs, les dépenses de recherche doivent présenter la caractéristique de se situer dans l'avancée des connaissances. La recherche fondamentale et la recherche appliquée respectent de fait cette condition. Concernant les activités de développement expérimental, le CGI précise, à ce titre, que les travaux doivent être réalisés dans le but de l'amélioration substantielle des produits, cette amélioration se situant au-delà de la simple utilisation de l'état des techniques existantes. En conséquence, le fait qu'une invention soit brevetée ne rend pas automatiquement éligibles au crédit d'impôt recherche (CIR) les dépenses engagées pour sa réalisation. Il en est de même pour la création d'un produit nouveau. En effet, le CIR ne récompense pas une innovation, aussi ingénieuse soit-elle, mais l'effort de recherche et de développement entrepris pour sa réalisation* ».

d'inventer, puis par extension d'innover, sans générer des connaissances scientifiques et/ou des applications techniques inédites.

En revanche, la R&D s'inscrira toujours dans le cadre d'une démarche innovante, et cela même si la conduite de travaux scientifiques et/ou techniques n'aboutira pas forcément à la commercialisation, ou du moins à la diffusion d'une solution innovante.

En ce sens, l'administration fiscale précise que « *les activités de R&D (...) constituent un sous-ensemble des activités d'innovation. Elles peuvent être conduites à différents stades du processus d'innovation, étant utilisées comme source d'idées inventives mais aussi pour résoudre les problèmes qui peuvent surgir à différentes étapes du processus* »<sup>29</sup>.

(ii). *L'innovation comme processus opérationnel*

L'innovation présente un caractère opérationnel puisqu'il s'agit alors d'un processus qui tend à « *mettre en œuvre* » une solution innovante, c'est donc une concrétisation de l'effort consenti qui est recherchée.

A la différence des travaux de recherche et développement qui n'ont pour autre but que de dépasser les frontières de la connaissance scientifique et technique, sans prolongement industriel et commercial direct, l'activité d'innovation vise clairement à l'instauration d'une offre nouvelle sur le marché ou à la diffusion d'une pratique nouvelle dans la société.

En ce sens, l'innovation devient le processus qui permet d'introduire une invention sur le marché, une nouvelle méthode dans les pratiques<sup>30</sup>.

Sur ce dernier point, il est important de noter que même si les concepts d'invention et d'innovation sont proches, ils n'en demeurent pas moins distincts.

L'invention caractérise la concrétisation d'une idée créative en avancée, le plus souvent technologique et donc consacrée par un brevet, indépendamment de toute commercialisation.

A l'inverse, une innovation caractérise une solution nouvelle introduite avec succès sur le marché. Ainsi, une innovation se fonde systématiquement sur une invention, mais toutes les inventions ne seront pas converties en innovations<sup>31</sup>.

Ainsi, la qualification d'innovation ne se déclenche que si la solution nouvellement identifiée n'a pas été mise en œuvre par un opérateur économique opérant dans l'environnement concurrentiel donné<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20161102

<sup>30</sup> GODIN (B.) *op. cit.*

<sup>31</sup> Godin, B. (2006), « The Linear model of innovation the historical construction of an analytical framework », *Science, Technology & Human Values*, 31(6), 639-667.

<sup>32</sup> Guide DAJ.

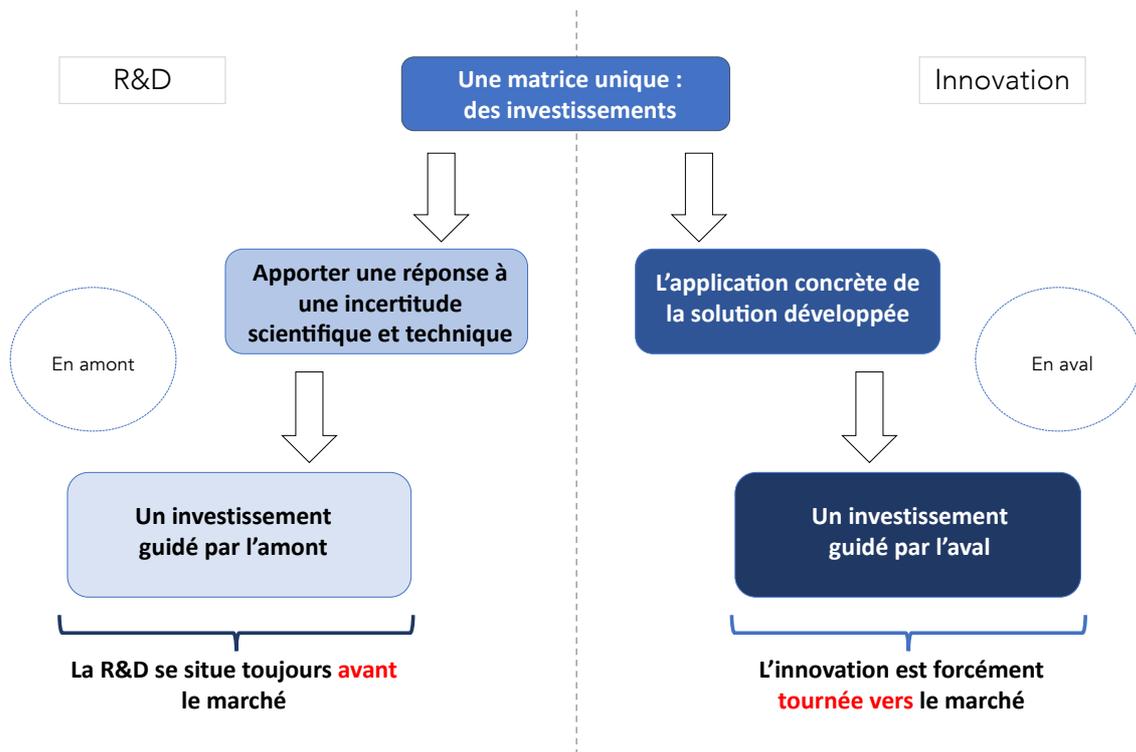


Figure 2 : Complémentarité entre le processus d'innovation en—et les travaux de R&D

## **b. L'innovation comme résultat : la solution innovante**

Le concept d'innovation peut également désigner le résultat du processus qui porte le même nom. L'innovation peut alors être définie comme un bien tangible ou intangible, qui présente un original nouveau, *id est* original et plus efficace, relativement à un cadre existant.<sup>33</sup>

En l'espèce, l'innovation comme résultat sera désignée par l'expression « *solution innovante* », dans le sens où la fourniture, le service ou les travaux concernées, apportent tous une réponse nouvelle à une problématique jusqu'alors non entièrement résolu.

Pour rappel, Le droit de la commande publique, au travers de l'article 25.II.2 du décret du 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics fournit la définition suivante :

*« 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 »*<sup>34</sup>.

Cette définition reprend les cadres fixés par l'OCDE dans son Manuel d'Oslo<sup>35</sup> qui distingue 4 types d'innovation.

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. Cette définition inclut les améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles* ».

L'innovation de procédé qui correspond à « *la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée. Cette notion implique des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel* ».

L'innovation de commercialisation qui correspond à la « *la mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification d'un produit* ».

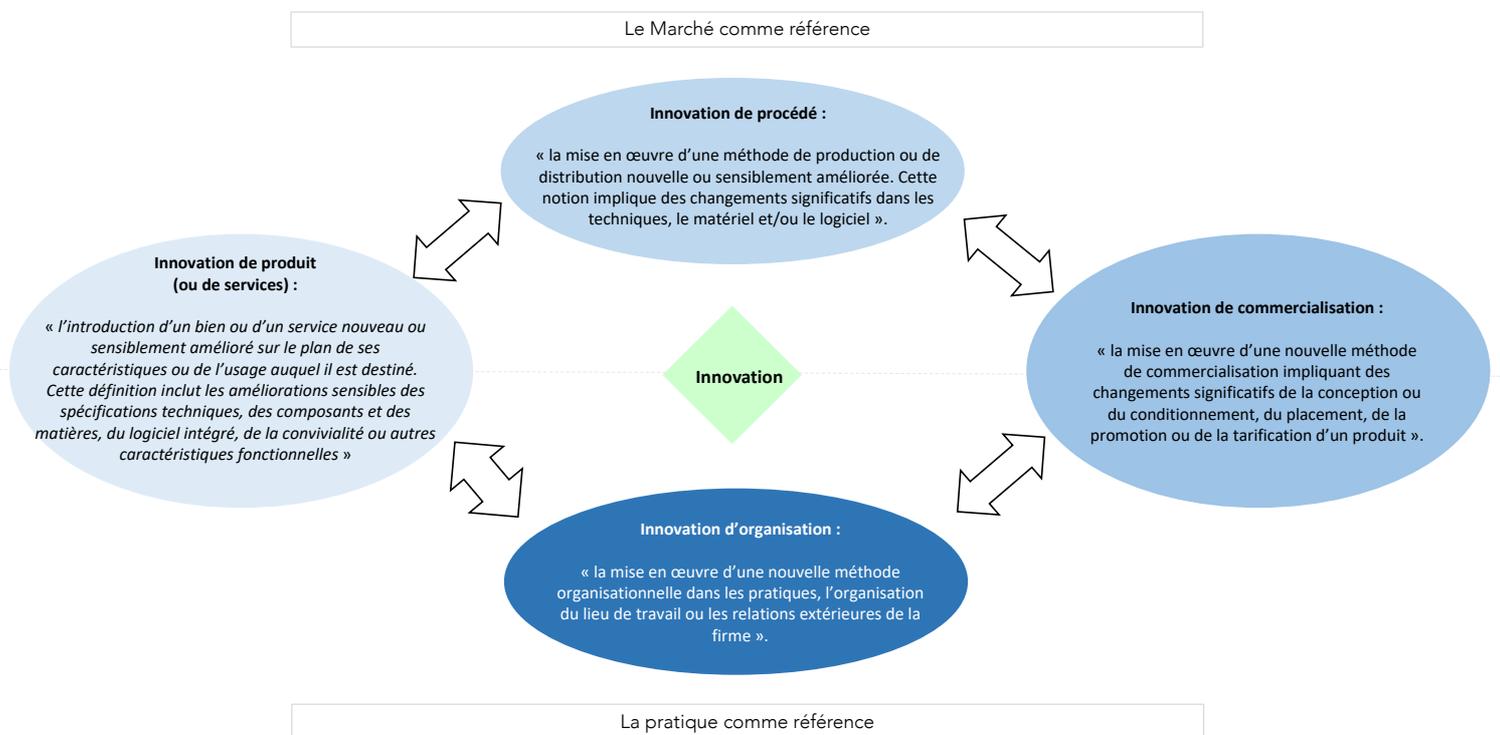
L'innovation organisationnelle qui désigne « *la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme* ».

---

<sup>33</sup> Frankelius, P. (2009), « Questioning two myths in innovation literature », *Journal of High Technology Management Research*. Vol. 20, No. 1, pp. 40–51.

<sup>34</sup> Cette définition est directement inspirée de l'article 2-22° de la directive 2014/24/CE.

<sup>35</sup> Manuel d'OSLO.



*Figure n°3 : L'innovation au sens de l'OCDE (Manuel d'Oslo).*

En tout état de cause, il est essentiel de distinguer l'innovation de l'invention.

Les inventions constituent les aboutissements d'une « *activité inventive* » réussie. Afin d'atteindre le stade de l'innovation, une invention doit être intégrée à une offre, à un modèle économique. En d'autres termes, une invention ne devient une innovation qu'à la condition d'atteindre concrètement le marché<sup>36</sup>. Il est d'ailleurs possible pour une invention unique d'engendrer plusieurs innovations. Cela implique que plusieurs applications de ladite invention ont été commercialisées<sup>37</sup>. Un travail d'adaptation est donc nécessaire pour transformer les inventions en innovations.

Dans ce contexte, l'innovation devient le bien, matériel ou immatériel, obtenu au terme d'un ensemble d'activités innovantes.

## **2. Deuxième dichotomie : l'innovation technologique et l'innovation sociale**

L'innovation est communément perçue comme exclusivement technologique (a). Pourtant, cette activité ne concerne pas uniquement le progrès technique, mais davantage l'idée du progrès de manière générale. Les bonds réellement tangibles sont d'ordre technologique. Ce seraient pourtant une erreur d'ignorer les nouveautés d'ordre social (b)<sup>38</sup>.

### **a. L'innovation technologique**

La création ou l'intégration d'une technologie nouvelle ou sensiblement améliorée, ou encore la combinaison nouvelle de technologies existantes, dans l'optique de répondre à un besoin présent sur le marché ou d'anticiper des besoins futurs constitue l'objet principal de l'innovation technologique<sup>39</sup>. En d'autres termes, l'innovation technologique regroupe toutes les activités liées à l'élaboration et au lancement (de l'idée initiale à l'application concrète) d'un bien matériel ou immatériel à haute valeur technologique ajoutée (tout particulièrement en se basant sur l'utilisation d'équipement et de matériel de haute technologie).

---

<sup>36</sup> L'invention ne devient une innovation qu'à la condition de faire l'objet d'une application commerciale.

<sup>37</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « une invention peut donner lieu à de multiples innovations, à l'instar du nylon ou du téflon employés dans de très nombreux textiles et matériaux. Une invention peut également donner lieu à des générations successives d'innovations, comme l'illustre l'exemple de la souris informatique. L'invention de la souris fut faite en 1963 au PARC de Xerox par Douglas Engelbart du Stanford Research Institute : la souris était alors un objet en bois avec deux roues en métal. Plus tard, elle fut transformée en innovation d'offre avec un produit qui apparut alors comme très innovant, commercialisé avec quelques stations de travail puis avec les premiers PC. Toutefois, la souris ne connut un véritable succès commercial qu'avec l'apparition du Macintosh en 1984. » ; voir également, Le NAGARD (E.), MANCEAU (D.), *Marketing des nouveaux produits*, Dunod, Paris, 2005.

<sup>38</sup> BPI France, FING, *Innovation : nouvelle génération* : « L'innovation a beaucoup changé ces dix dernières années. Elle n'est pas que technologique. BlaBlaCar, Bic, Valeo, de nombreuses entreprises développent des innovations où il y a de la technologie mais aussi de l'innovation de produit ou d'usage, marketing, Apple en est le meilleur exemple. Il peut aussi y avoir des innovations dans la commercialisation, dans les procédés, dans les modèles d'affaires et même de l'innovation sociale ».

<sup>39</sup> [http://www.synersud.com/uploads/media/Guide\\_NOOV\\_LR\\_2014.pdf](http://www.synersud.com/uploads/media/Guide_NOOV_LR_2014.pdf) : Le premier Vélo électrique Matra pour pédaler plus facilement dans la montée, le premier logiciel de traitement de texte, l'utilisation d'une nouvelle molécule pour traiter le cancer, ou le premier logiciel de téléconférence sur le WEB, constituent des innovations technologiques.

La notion d'innovation technologique est intrinsèquement liée avec celle d'industrialisation puisque son objectif final est de produire des produits, des services et des procédés nouveaux (relativement à ce qui est proposé par la concurrence dans un contexte mercantile)<sup>40</sup>.

Sans être directement cité par le droit de la commande publique, ce dernier y fait une allusion implicite lorsqu'il dispose que « *le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction* »<sup>41</sup>. Ce faisant, la définition retenue par le législateur se rapproche de celle proposée par l'OCDE dans le cadre de son manuel d'Oslo qui considère que les produits et procédés nouveaux ou sensiblement améliorés relèvent de la catégorie des « *innovations technologiques* »<sup>42</sup>. Plus spécifiquement, les experts de l'OCDE considèrent qu'un « *produit technologiquement nouveau est un produit dont les caractéristiques technologiques ou les utilisations prévues présentent des différences significatives par rapport à ceux produits antérieurement* »<sup>43</sup> et que la présence d'une « *innovation technologique de procédé* » est constatée « *dans le cas de l'adoption de méthode de production technologiquement nouvelles ou sensiblement améliorées, y compris les méthodes de livraison du produit* »<sup>44</sup>.

L'innovation technologique n'implique pas *ipso facto* l'établissement préalable d'un programme de R&D. Comme cela a été souligné *infra*, il est effectivement possible d'inventer (et par extension de bénéficier d'un titre de propriété, donc d'un brevet) sans pour autant avoir à dépasser une – ou plusieurs – incertitude(s) d'ordre scientifique ou technique. Il y a donc lieu de considérer que des expérimentations strictement technologiques, ou plus exactement industrielles, existent. Il est nécessaire de les discriminer d'autres expérimentations plus globales regroupant les phases de R&D et d'industrialisation, qui conduisent à l'émergence d'innovations technologiques.

En tout état de cause, l'innovation technologique concerne principalement le champ de l'invention. La créativité est alors mise au service de l'établissement d'un objet tangible nouveau ou significativement plus performant relativement aux offres concurrentes sur un marché donné à un moment donné. Il s'agit dans ce cadre de créer une valeur nouvelle ou supplémentaire pour le marché. Pour autant, il serait faux de réduire l'innovation exclusivement à sa dimension technologique.

---

<sup>40</sup> OCDE, *Manuel d'Oslo – Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3<sup>ème</sup> Ed., 2005 : « *l'innovation technologique de produit et de procédé [couvre] les produits et procédés technologiquement nouveaux ainsi que les améliorations technologiques importantes de produits et de procédés qui ont été accomplis. Une innovation TPP a été accomplie dès lors qu'elle a été introduite sur le marché (innovation de produit) ou utilisée dans procédé de production (innovation de procédé)* ».

<sup>41</sup> Articles 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>42</sup> OCDE, *Manuel d'Oslo – Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3<sup>ème</sup> Ed., 2005 : il est fait référence à « *l'innovation technologique de produit et de procédé (TPP)* ».

<sup>43</sup> OCDE, *Manuel d'Oslo – Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3<sup>ème</sup> Ed., 2005 : pour rappel, dans ce contexte, une innovation de produit désigne tout autant un bien ou qu'un service.

<sup>44</sup> OCDE, *Manuel d'Oslo – Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3<sup>ème</sup> Ed., 2005 : « *Ces méthodes peuvent impliquer des modifications portant sur l'équipement ou l'organisation de la production, ou une combinaison de ces modifications, et peut découler de la mise à profit de nouvelles connaissances. Ces méthodes peuvent viser à produire ou à livrer des produits technologiquement nouveaux ou améliorés, qu'il est impossible de produire ou de livrer à l'aide de méthodes classiques, ou essentiellement à augmenter le rendement de production ou l'efficacité de la livraison de produits existants* ». Pour rappel, « *la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée. Cette notion implique des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel* ».

## b. L'innovation non technologique

Au-delà des innovations scientifiques et/ou technologiques, des expérimentations peuvent également porter sur la possibilité d'introduire des changements significatifs dans les pratiques sociales<sup>45</sup>. Actuellement, les experts de l'OCDE identifient deux formes majeures d'innovation non technologique, l'innovation d'organisation et celle de commercialisation<sup>46</sup>. Ces dernières sont d'ailleurs identifiées par le droit de la commande publique qui dispose que le « *caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre (...) 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* »<sup>47</sup>. L'innovation non technologique n'intéresse pas tant le marché, mais les éléments qui existent dans une pratique donnée à un moment donné<sup>48</sup>.

L'innovation non technologique a été tout particulièrement mise en évidence par les instances décisionnelles de l'Union européenne dans le cadre de l'établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « *Horizon 2020* » qui tend à « *soutenir toutes les étapes de la chaîne de la recherche et de l'innovation, y compris l'innovation non technologique* »<sup>49</sup>.

Plus globalement, il peut être question « *d'innovation sociale* », qu'il est possible de définir comme un processus mis en place dans l'optique de modifier les pratiques habituelles ce qui permet de répondre à un contexte jugé socialement insatisfaisant à un moment et dans un lieu donné<sup>50</sup>. La notion « *d'innovation sociale* », outre les problématiques relatives aux méthodologies de gestion et d'organisation, regroupe également « *les innovations d'usage* » qui concernent les changements intégrés dans la manière d'utiliser le produit ou de consommer le service<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Notons qu'il faudra attendre la troisième version du Manuel d'Oslo de l'OCDE considérer les innovations non technologiques : « *Sous sa forme la plus simple, l'innovation non technologique englobe toutes les activités d'innovation qui ne relèvent pas de l'innovation technologique, c'est-à-dire qui ne sont pas liées au lancement d'un bien ou d'un service nouveau ou sensiblement modifié du point de vue technologique, ou à l'utilisation d'un procédé technologiquement nouveau ou sensiblement modifié.* »

<sup>46</sup> Pour rappel l'innovation de commercialisation correspond à la « *mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification d'un produit* » et l'innovation d'organisation correspond à la « *mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme* ».

<sup>47</sup> Articles 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>48</sup> Manuel d'Oslo : « *Sous sa forme la plus simple, l'innovation non technologique englobe toutes les activités d'innovation qui ne relèvent pas de l'innovation technologique, c'est-à-dire qui ne sont pas liées au lancement d'un bien ou d'un service nouveau ou sensiblement modifié du point de vue technologique, ou à l'utilisation d'un procédé technologiquement nouveau ou sensiblement modifié.* »

<sup>49</sup> Règlement (UE) n°1291/2013 du Parlement européen et du conseil du 11 décembre 2013, portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « *Horizon 2020* » (2014-2020) et abrogeant la décision n°1982/2006/CE, L. 347/104, 11<sup>ème</sup> considérant.

<sup>50</sup> Le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire (CSESS) donne la définition suivante : « *l'innovation sociale consiste à élaborer des réponses nouvelles à des besoins sociaux nouveaux ou mal satisfaits dans les conditions actuelles du marché et des politiques sociales, en impliquant la participation et la coopération des acteurs concernés, notamment des utilisateurs et des usagers. Ces innovations concernent aussi bien le produit ou le service que le mode d'organisation, de distribution, dans des domaines comme le vieillissement, la petite enfance, le logement, la santé, la lutte contre la pauvreté, l'exclusion, les discriminations... Elles passent par un processus en plusieurs démarches : émergence, expérimentation, diffusion, évaluation* ».

<sup>51</sup> [http://www.synersud.com/uploads/media/Guide\\_NOOV\\_LR\\_2014.pdf](http://www.synersud.com/uploads/media/Guide_NOOV_LR_2014.pdf) : il est possible de citer, à titre d'illustration : « *Les vélos en libre-service, qui modifient la manière d'utiliser le vélo, qu'on ne possède plus mais* »

En d'autres termes, l'innovation et par extension l'expérimentation sociale vise une rupture dans la manière de faire, dans la façon dont on fait. Il s'agit de formes d'expérimentations qui se veulent plus collaboratives et qui portent en elle les germes d'une appropriation élargie de l'innovation, qui n'est dès lors plus exclusivement associée à la technologie<sup>52</sup>.

L'aspect non-technologique de ce type d'innovation n'implique pas ipso facto une absence de travaux de R&D. Comme pour les innovations d'ordre technologique, les solutions socialement innovantes peuvent, si des lacunes dans les connaissances humaines sont identifiées et bloquent effectivement l'avancée du projet, s'appuyer sur l'établissement d'un programme de R&D.

Les innovations sociales sont principalement relatives à l'organisation dans les rapports au travail, aux interactions dans le cadre de la vie en société et à l'implication des citoyens et à la gestion et au développement des territoires. Ces expérimentations sociales sont principalement portées par les associations, les fondations, les entreprises sociales, les collectivités territoriales.

Il s'agit d'un instrument essentiel des politiques publiques en lien avec la modernisation de la société et le changement des mentalités.

### **3. Troisième dichotomie : innovation évolutive et innovation disruptive**

L'analyse de cette troisième forme d'opposition, relativement à la notion d'innovation, se fonde sur les dispositions du droit de la commande publique. Dans ce cadre, le législateur considère que « *sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* »<sup>53</sup>. Les caractères « *nouveaux* » et « *sensiblement améliorés* » renvoient à l'opposition originelle entre les « *innovations radicales* » et les « *innovation incrémentales* ». Dans le premier cas, il s'agit d'inventer un élément qui n'existait pas auparavant. Dans le second cas, l'élément existe auparavant et il est significativement amélioré. Cette présentation tend à être dépassée<sup>54</sup> et il est davantage question ici de distinguer les catégories d'innovation en fonction de leur intensité. En l'occurrence cela implique de distinguer entre les innovations disruptives ou de ruptures (a) et les innovations évolutives ou continues (b).

---

*qu'on loue ; les mobiles de nouvelle génération, qui, en plus de téléphoner, proposent de payer, écouter de la musique, photographie, mais aussi l'Occitane et son cosmétique à préparer soi-même, les compotes à boire Materne que l'on peut amener partout... ».*

<sup>52</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *Pour une nouvelle vision de l'innovation*, Ministère de l'économie, ESCP-EAP, Avril 2009 : « *L'innovation non technologique inclut toutes les innovations marketing et les innovations organisationnelles. Les premières reposent sur des nouveaux concepts de produits ou services, de nouveaux designs, de nouvelles méthodes de vente, et visent à accroître l'attrait de l'offre ou à pénétrer de nouveaux marchés. Les secondes correspondent à des changements de structure ou de modes de management de l'entreprise en vue d'améliorer l'efficacité du travail, la gestion des flux de marchandises et d'information, la qualité ou plus globalement la connaissance interne. Certaines innovations purement managériales comme la franchise, la planification budgétaire, les études de marché, les démarches de qualité totale ou les tableaux de bord de gestion, ont eu un impact extrêmement important sur la prospérité des entreprises* ».

<sup>53</sup> Articles 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>54</sup> CHRISTENSEN (C.), *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997.

## a. L'innovation disruptive

L'innovation disruptive<sup>55</sup> (ou de rupture) consiste en la modification profonde de l'état de l'art existant, des conditions d'usage par le marché ou d'une nouveauté (ou avancée) sociale majeure. Ce type d'innovation permet d'introduire un changement majeur par rapport à la concurrence pour créer un nouveau marché et/ou de modifier les comportements dans la société. Elle a nécessairement un caractère radical et parfois même révolutionnaire, d'où l'emploi du terme « *disruptif* » pour la qualifier, en raison de l'idée d'une rupture, d'une fracture, d'un bouleversement qu'il induit<sup>56</sup>. Il y a changement de paradigme<sup>57</sup>. Il en résulte que le niveau de risque et d'incertitude sont particulièrement élevé lorsqu'il s'agit d'élaborer de telles solutions innovantes, le marché et la pratique étant le plus souvent à créer<sup>58</sup>.

Il y a donc « *un avant* » et « *un après* » par rapport à cette innovation disruptive qui finit progressivement par faire disparaître l'existant antérieur<sup>59</sup>. C'est en ce sens qu'il faut certainement comprendre la « *nouveauté* » dont il est fait état par les législateurs communautaires et français. Le « *nouveau* » devient alors ce qui, de manière radicale, n'existait pas auparavant, ni sur le marché, ni dans les pratiques, ni encore dans les comportements sociaux et sociétaux. Par extension, l'innovation de rupture engendrera un changement radical du modèle économique ou sociale et des structures qui l'animent.

Via l'innovation disruptive, il y a changement de domination, renouvellement des fondations. Que ce dernier soit d'ordre technologique ou social importe peu. En tout état de cause, qu'il soit économique, sociale et juridique<sup>60</sup>, ce « *remplacement* » doit être, autant que possible, anticiper par les acteurs qui conduisent ce type d'innovation.

## b. L'innovation évolutive

Les innovations évolutives (ou incrémentales) n'ont pas pour effet de bouleverser radicalement l'état de l'art (en créant ou en révolutionnant un marché) et les pratiques antérieures (en modifiant manifestement l'offre sociale). Il y a conservation du modèle économique et/ou social. Toutefois, ce type d'innovation, qui peut également être qualifiée de continue, apporte une amélioration significative, pour reprendre le terme propre au droit de la commande publique, « *substantielle* », à ces existants. En d'autres termes, les innovations incrémentales ne bouleversent pas les conditions d'usage et l'état de la technique ou de l'offre sociale. Elles se contentent de les améliorer<sup>61</sup>. *De facto*, le niveau de risque et d'incertitude est moins élevé puisqu'il reste à un stade modéré.

---

<sup>55</sup> CHRISTENSEN (C.), *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997.

<sup>56</sup> STIEGLER (B.), *Dans la disruption : Comment ne pas devenir fou ?*, Les liens qui libèrent, Paris, 2016, 480 p.

<sup>57</sup> KUHN (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, 2<sup>nd</sup> éd., Flammarion, coll. « Champs / 791 », Paris, 2008, 284 p.

<sup>58</sup> [http://www.synersud.com/uploads/media/Guide\\_NOOV\\_LR\\_2014.pdf](http://www.synersud.com/uploads/media/Guide_NOOV_LR_2014.pdf)

<sup>59</sup> Par exemple, le passage de la caméra argentique à la caméra digitale ou du CD à la musique portée sur lecteur digital. On assiste à chaque fois à un changement de fournisseurs, de concurrents, de technologies critiques.

<sup>60</sup> SCHREPEL (T.), « L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence », *Revue le concurrentialiste*, n°42, Janvier – Mars 2015, pp. 141 – 150.

<sup>61</sup> Typiquement, il est ici question des évolutions successives du téléphone portable.

Ces innovations incrémentales restent dans un cadre prédéfini. Elle ne sort pas du paradigme et ne cherche d'ailleurs pas à le faire. Elles sont souvent obtenues par assemblage, via l'association de plusieurs offres déjà existantes, ce qui permet d'en générer une nouvelle. Dans cette hypothèse, c'est cette combinaison inédite qui permet l'amélioration et par extension l'accroissement des performances<sup>62</sup>. De manière plus classique, ces évolutions sont également proposées via le développement d'une application supplémentaire, ou encore via l'ajout d'une fonctionnalité, sur le fondement d'une offre antérieure. Dans ce cas de figure, la « nouveauté », et plus particulièrement les modifications qu'elle implique, reste trop modeste pour être qualifiée de « disruptive ». Aucune rupture radicale n'est effectivement produite<sup>63</sup>. Mais, au demeurant, une évolution nette doit tout de même être constatée.

Quoiqu'il en soit, l'innovation évolutive est essentielle pour maintenir la compétitivité d'un écosystème, afin que ce dernier, à défaut de proposer des nouveautés réellement radicales, ne stagne pas.

#### **4. Quatrième dichotomie : innovation absolue et innovation relative**

L'innovation repose, en grande partie, sur des appréciations par essence subjectives. Toutes les innovations ne sont pas absolues dans le sens où elles ne sont pas nouvelles, ou significativement améliorées, pour tout le monde au même moment. L'hypothèse serait alors la suivante, une commune X pourrait être la toute première à mettre au point une nouvelle méthode de traitement des eaux usées, dont les performances ne sont objectivement pas égalées par les solutions antérieures.

Au contraire, l'innovation est le plus souvent perçue et considérée de manière relative. L'hypothèse serait différente, il s'agirait de la commune Y qui déciderait d'adopter le même système de traitement de eaux usées que la ville X. Ce système reste innovant pour Y, mais il ne l'est plus d'une manière absolue pour tout le monde.

Lorsque l'innovation est relative, il est fréquent de parler « *d'innovation d'adaptation* »<sup>64</sup>. Il est alors question de dupliquer ou d'adapter une innovation d'un secteur donné vers un secteur tiers, ou d'un usage vers un autre usage. Dans ces conditions, c'est de l'adaptation de la solution précédemment connue et donc des modifications nécessaires pour son application dans d'autres conditions, qu'apparaît le sentiment de nouveauté<sup>65</sup>.

En l'espèce le niveau de risque et d'incertitude est relativement faible et tient surtout au rejet de la solution par des personnes (agents, usages...) qui ne seraient pas encore préparées à un tel changement.

---

<sup>62</sup> Un exemple plus atypique en l'occurrence, celui du Kite Surf qui associe le principe de la planche de surf avec une voile destinée à l'utilisation d'un parapente.

<sup>63</sup> A titre d'exemple, l'aspirateur sans sac peut être considéré comme une innovation continue : l'aspirateur préexistait, il n'est pas remplacé, mais le fait de retirer le sac change significativement la manière de l'utiliser.

<sup>64</sup> MORAND (P.), MANCEAU (D.), *L'innovation*, La documentation Française, 2008.

<sup>65</sup> [http://www.synersud.com/uploads/media/Guide\\_NOOV\\_LR\\_2014.pdf](http://www.synersud.com/uploads/media/Guide_NOOV_LR_2014.pdf) : il est possible de citer, à titre d'exemple, « *l'Autolib, inspirée du Velib, concept de « drive » pour les courses en hypermarché inspirée du « drive » restauration rapide, le packaging de la compote à boire Maternelle inspiré par le berlingo de lait concentré Nestlé...* ».

Sous l'angle du secteur public, il serait envisageable de penser une catégorie des « *innovations de modernisation* » qui regrouperait les actions menées dans l'optique de moderniser l'administration, en investissant dans des solutions qui ont déjà fait leurs preuves dans d'autres secteurs. Il ne s'agit pas en soi d'innovations au sens absolu du concept, mais le sentiment innovant est présent, puisqu'à l'échelle du service concernée, les pratiques sont manifestement modifiées.

Comme nous le verrons par ailleurs, le concept d'achat public innovant n'intègre pas cette dimension relative. Pour être qualifié d'innovant, l'achat public doit forcément porter sur l'acquisition d'une offre innovante pour tous.

## **5. Définitions synthétiques**

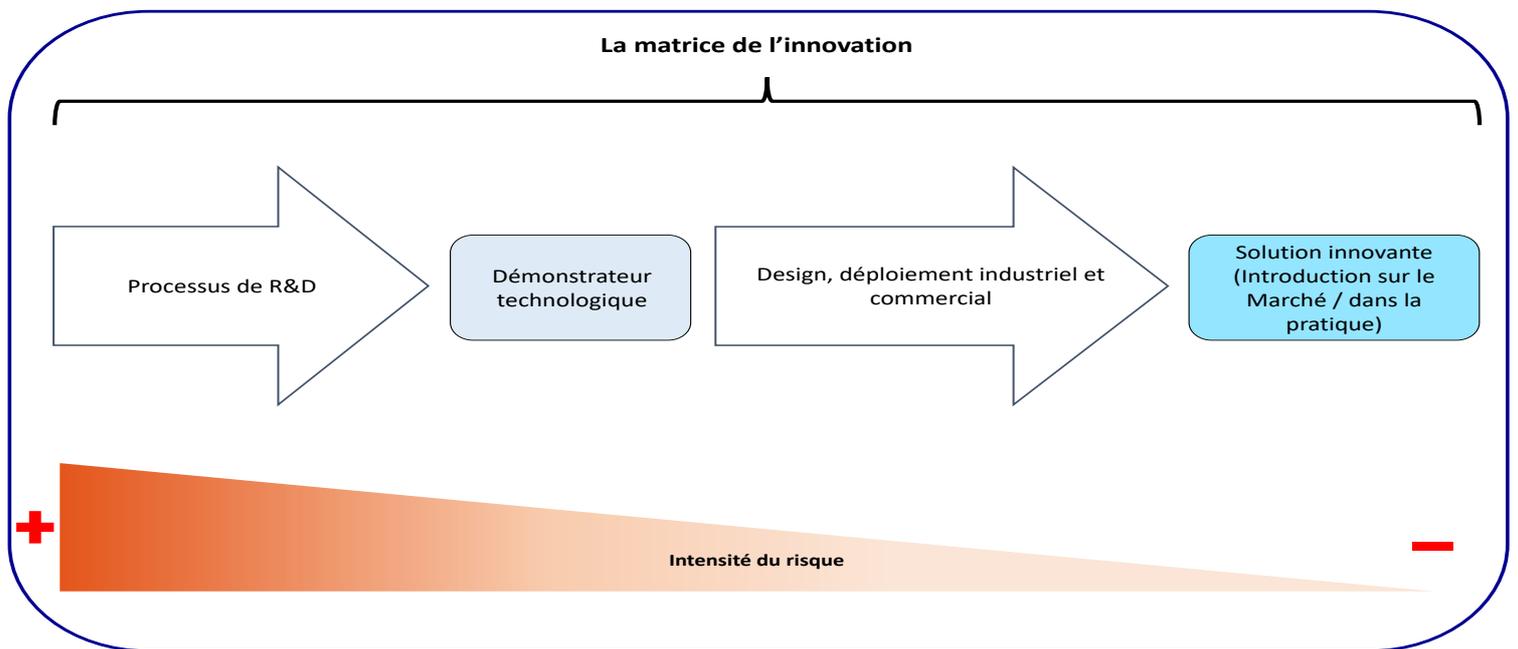
Dans le cadre du présent kit, nous retiendrons une définition générique du phénomène – du processus – de l'innovation.

*« L'innovation est un processus qui tend à l'introduction d'un changement substantiel dans un cadre préexistant. »*

En tant que résultat, l'innovation désigne « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par les offres économiques et/ou sociales déjà disponibles* ».

En résumé, l'innovation désigne tout à la fois, les opérations qui mènent à l'élaboration concrète d'une solution innovante et la solution innovante elle-même.

En tout état de cause, ce concept doit d'avantage être compris comme un « *saut intellectuel* » qui est à l'origine de nouveau développement ultérieur, que comme un ensemble d'activité linéaire.



*Figure n°4 : La matrice globale de l'innovation au sens du droit de la commande publique*

## **B. L'identification de l'innovation**

Juridiquement, une solution, pour être qualifiée d'innovante, doit présenter un caractère inédit, *id est*, elle doit être significativement nouvelle ou du moins manifestement améliorée. Afin d'être établis, ces caractères "substantiels" et "manifestes" impliquent, de fixer un cadre<sup>66</sup>, communément désigné par le vocable « *d'état de l'art* » (1), à partir duquel, la mise en œuvre d'un progrès manifeste peut être identifié (2). *In fine*, une synthèse sera proposée (3).

### **1. Notion d'état de l'art**

Le concept d'état de l'art désigne un cadre antérieur dans un secteur précis et à un moment précis. Il peut, notamment, s'agir :

- Du marché ;
- De l'état des pratiques ;
- De l'état des techniques ;
- De l'état des connaissances scientifiques.

Ainsi, par « *état de l'art* » il s'agit d'entendre « *l'ensemble des savoirs, des pratiques, des techniques et des solutions disponibles dans un secteur donné, à un instant donné* »<sup>67</sup>. Deux points peuvent en être déduits.

En premier lieu, il s'agit d'un concept global qui excède la notion plus restreinte, particulièrement importante en droit des brevets « *d'état des techniques existantes* »<sup>68</sup>. L'état de l'art représente toute « *l'antériorité* » relativement à solution qu'il s'agit de qualifier – ou non – d'innovante.

En second lieu, la notion de « *disponibilité* », dans le cadre d'un état de l'art implique que tous les éléments qui le constituent soient accessibles, *id est*, qu'ils puissent être connus par le public. Il en résulte, à titre d'exemple, qu'une information – connaissance, prototype, démonstrateur technologie – qui serait conservée secrètement, notamment via l'établissement de « *clauses de confidentialité* » idoines, ne peut pas être considérée comme étant disponible<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Pour ce qui concerne le droit fiscal, en application du k du II de l'article 244 quater B du CGI, est considéré comme nouveau produit un bien corporel ou incorporel qui satisfait aux deux conditions suivantes : (1) il n'est pas encore mis sur le marché ; (2) il se distingue des produits existants ou précédents par des performances supérieures sur le plan technique, de l'éco-conception, de l'ergonomie ou de ses fonctionnalités.

<sup>67</sup> Définition inspirée par le BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20161102 : « *l'état de l'art est constitué par toutes les connaissances accessibles et utilisables par l'homme du métier normalement compétent dans le domaine en cause sans qu'il ait besoin de faire preuve d'une activité inventive. Il peut être établi à partir de sources diverses, notamment des publications scientifiques et techniques (livres, journaux, articles de revues, actes de conférences, rapports de recherche...), des brevets et des bases de données techniques. Il peut aussi être constitué à partir de rapports de synthèse réalisés par des centres scientifiques et techniques professionnels, des établissements publics, des ministères ou des organisations internationales* ».

<sup>68</sup> Article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle, notamment dans son 2<sup>ème</sup> alinéa qui dispose : « *L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.* ».

<sup>69</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20161102 : « *Les différentes sources permettant d'établir l'état des techniques existantes sont considérées comme accessible dès lors qu'elles sont disponibles au sein de l'entreprise ou en dehors, qu'elles soient gratuites ou payantes. Il en va ainsi notamment s'agissant des données publiées relatives*

En tout état de cause, l'établissement d'un état de l'art est indispensable pour déterminer le caractère nouveau d'une solution présentée comme innovante.

## 2. L'homme du métier le progrès et l'originalité

Pour être qualifiée d'innovante, une solution ne peut pas se contenter d'être un "ajout" à l'état de l'art. Au contraire, pour qu'il y ait « *innovation* », il faut que ce cadre antérieur soit dépassé, et ce de manière significative. Un progrès est donc attendu peu importe, qu'il soit question de nouveauté ou d'amélioration significative de l'existant.

La référence au concept de « *nouveauté* » traduit l'idée d'une création inédite. En d'autres termes, rien d'identique à la solution ne préexistait. L'amélioration évoque pour sa part une modification manifeste. Dans ce contexte, la solution innovante se distingue des autres propositions existantes par des performances manifestement supérieures. Il en résulte que l'amélioration n'est pas une simple extension.

Même mineure, une avancée doit présenter des caractéristiques qui la distinguent réellement des solutions déjà existantes. C'est dans ces circonstances qu'il est possible de parler de « *substantialité* » de l'innovation.

Cette notion s'analyse par rapport à la figure de « *l'homme du métier* »<sup>70</sup>. Il s'agit, d'un personnage fictif, d'un praticien qui dispose des connaissances générales – en ce sens qu'il dispose de tous les éléments accessibles de l'état de l'art existant - dans un domaine considéré et à une date donnée<sup>71</sup>.

Sur ce dernier point, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 26 février 2008 a expressément défini « *l'homme du métier* » comme « *celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles, de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention* »<sup>72</sup>.

---

*aux brevets. En revanche, les documents secrets ne sont pas accessibles et leur existence n'est pas par principe connue sauf pour l'entreprise qui les détient ».*

<sup>70</sup> Article L. 611-14, al. 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle : « *Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique* ».

<sup>71</sup> BOUTIN (A.), « L'homme du métier en droit des brevets », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 2013, n°2, p. 4, note sous Cass. Com., 20 nov. 2012, n°11-18440, *Boegli c/ Darsail Ltd*.

<sup>72</sup> Cass. Com., 26 févr. 2008, n°06-19.149, *F-D, Newmat c/ Normalu*, PIBD 2008, n°873, III, p. 269 ; note VIGAND (P.), « L'homme du métier en droit français », *Propriété intellectuelle*, n°12, décembre 2008, comm. 94 ; voir par ailleurs, OEB, déc. 15 février 2017, T. 1540/14, *Valeo Vision* ; note VIGAND (P.), « Connaissances générales de l'homme du métier », *Propriété intellectuelle*, n°2, Février 2018, comm. 9.

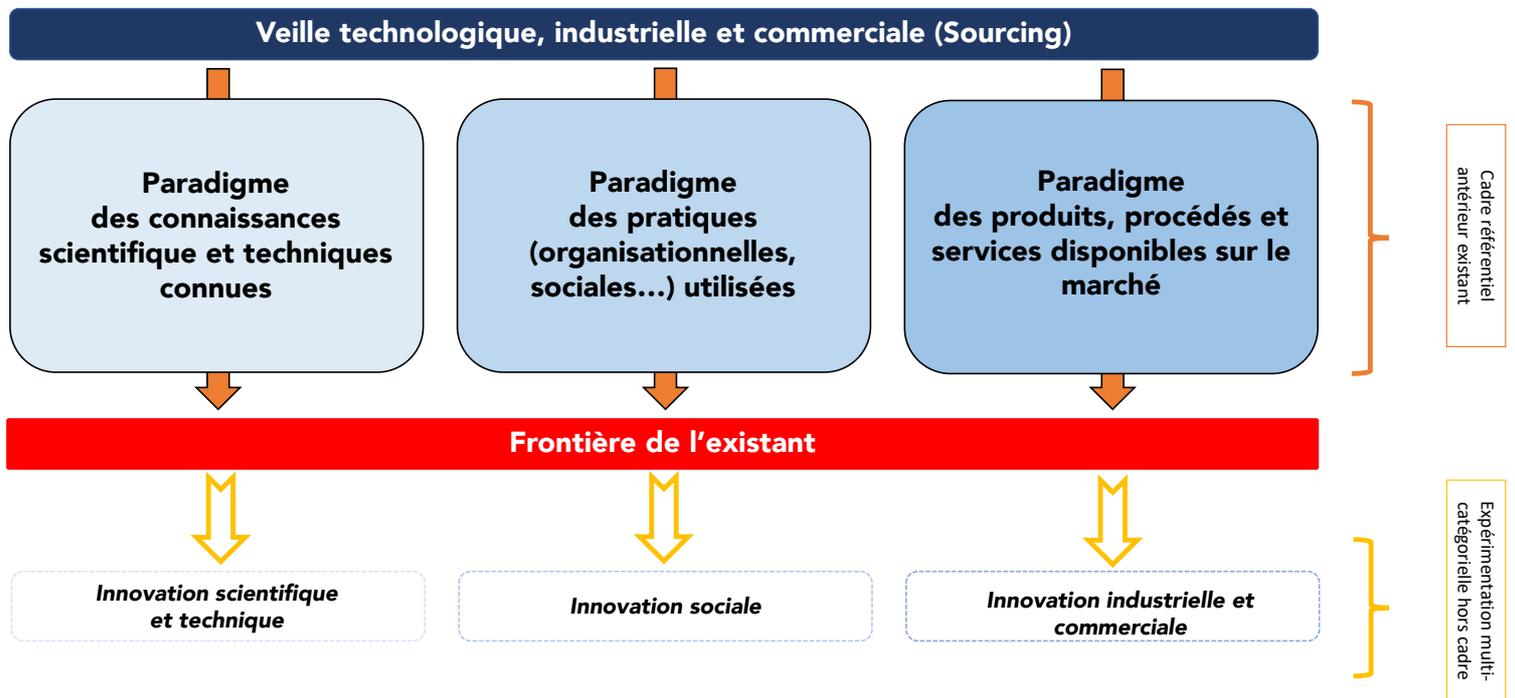


Figure n°5 : Dépassement de la frontière de l'existant.

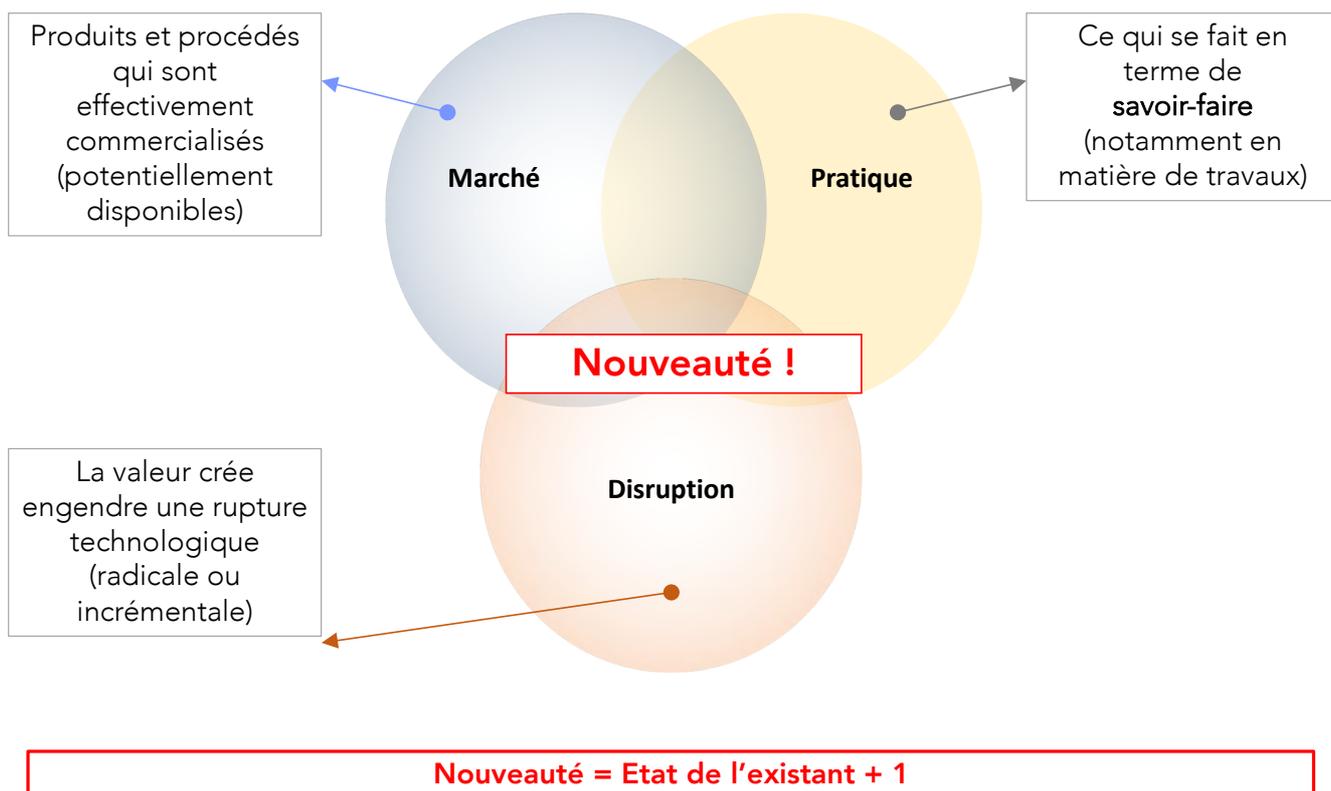


Figure n°6 : Notion d'innovation au sens du droit de la commande publique.

A l'endroit de cet « *expert* », une solution est substantiellement innovante dès lors qu'elle ne résulte pas d'une simple utilisation différente de l'état de l'art existant. Une solution est innovante dès lors qu'elle porte en elle-même un « *principe de non évidence* »<sup>73</sup>. L'innovation ne se limite pas à augmenter l'état de l'art, mais tend concrètement, en raison de son caractère original, à l'enrichir de manière manifeste. Une « *disruption* »<sup>74</sup> dans la continuité doit alors être constatée. C'est donc à la croisée du marché, de la pratique et de cette rupture que l'existence d'une nouveauté – ou amélioration substantielle – permettant de déclencher la qualification d'innovation, pourra être constatée.

La figure de « *l'homme du métier* » permet d'analyser les progrès réalisés par l'innovation concernée. Il est celui qui met en lumière son caractère réellement inventif, *id est* le fait qu'il ne s'agisse pas d'une amélioration ou d'un changement mineur dans l'état de ce qui existe antérieurement<sup>75</sup>.

C'est parce qu'une solution est originale, qu'elle apporte une nouveauté sur la base d'un progrès par rapport à l'existant, qu'il soit scientifique, technique, commercial ou encore social. Par extension, ces caractères d'originalité et de progrès constituent le fondement d'une juste identification de l'innovation.

### 3. Synthèse

La nouveauté ou l'amélioration substantielle d'une fourniture, d'un service ou de travaux – de manière générique, la “solution innovante” – est reconnue si deux conditions suivantes sont satisfaites :

1. L'offre n'est pas encore mise sur le marché ou diffusée dans une logique sociale ;
2. L'offre se distingue des solutions existantes par des performances supérieures, notamment sur les plans de la technique, de l'économie, de l'ergonomie, de la fonctionnalité, mais également du changement des mentalités qu'elles impliquent dans une société donnée.

---

<sup>73</sup> En l'espèce, le terme « *évidence* » désigne tout élément qui ne va pas au-delà du progrès normal de la technique, mais qui, au contraire, ne fait que résulter de manière manifeste et logique de l'état de la technique. Une extension évidente suppose alors aucune aptitude ou habileté plus poussée que celles que l'on est en droit d'attendre d'un homme du métier.

<sup>74</sup> La disruption est ici définie comme un bouleversement introduit dans un cadre préexistant, ce qui engendre une rupture dans sa continuité.

<sup>75</sup> Article L. 611-14 du Code de propriété intellectuelle.

## II. Les dimensions de l'achat public d'innovation

Il s'agit désormais de cadrer les développements qui précèdent sur le concept d'innovation et ses modes d'identification avec ce qu'il faut attendre concrètement et surtout juridiquement via l'expression « *d'achat public innovant* » propre au droit de la commande publique. En l'espèce, l'expression « *dimensions de l'achat public d'innovation* »<sup>76</sup> désigne deux champs, celui de la géographie (A) et celui de la temporalité (B) dans le cadre desquels il est possible de considérer qu'une solution est, ou n'est pas, innovante.

Ces champs sont déterminés par rapport aux contraintes juridiques fixées par le droit de la commande publique, en ce qui concerne le concept d'achat public innovant. Il en résulte que les délimitations qui seront fixées ci-après ne sont pas communément admises pour la notion d'innovation en général, mais s'accordent spécifiquement à la conception restrictive qui découle de la réglementation en la matière.

### A. Territorialité

L'identification territoriale de l'innovation permet de mettre en lumière le caractère relatif. Ce qui peut paraître innovant pour l'un peut ne pas l'être pour l'autre. En ce sens, une administration peut tout à fait estimer qu'une solution est innovante, parce qu'elle ne la possède pas encore, alors même que ladite solution a déjà fait l'objet d'une commercialisation à une large échelle. Dans la même mesure, ce qui peut être innovant au niveau local, régional par exemple, peut ne pas l'être à l'échelle supérieure.

La question se pose alors de savoir qu'elle serait le bon contexte géographique pour évaluer le caractère réellement innovant d'une solution. Est-ce que le simple fait que la solution n'existe pas encore en France suffit à emporter la qualification d'innovation ? Est-il préférable de se positionner à une échelle communautaire ? S'agit-il de prendre en compte une dimension internationale pour le produit, le service, ou la méthode concernée ?

Le droit de la commande publique propose des réponses claires et précises à ces problématiques. L'article 2 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 dispose :

*« Les acheteurs garantissent aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne. »*

En d'autres termes, les pouvoirs publics français, lorsqu'ils lancent une procédure d'achat public, doivent s'assurer que tous les opérateurs économiques qui sont issus de pays ayant adhéré à l'accord multilatéral sur les marchés publics de l'OMC<sup>77</sup> puissent bénéficier d'une

---

<sup>76</sup> GALLOUJ (G.), « Les multiples dimensions de l'innovation dans le grand commerce », in *Innover dans la grande distribution*, De Boeck supérieur, 2007, p. 372.

<sup>77</sup> L'accord sur les Marchés Publics est une convention internationale, supervisée par l'OMC, qui tend à ouvrir les marchés publics à toutes les entreprises de chacun des États signataires, sans discrimination, de manière ouverte et transparente.

ouverture conforme aux grands principes de la commande publique<sup>78</sup>. La transparence, l'égalité de traitement et le principe de la liberté d'accès à ces contrats est donc de rigueur<sup>79</sup>.

En l'occurrence, l'achat public innovant, dès lors qu'il est soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015<sup>80</sup>, doit donner lieu une égalité de traitement, une transparence et une liberté d'accès tant à l'égard des prestataires issus des États membres de l'Union européenne, que de ceux qui sont originaires d'un pays partie à l'AMP. Théoriquement, l'acheteur public d'innovation, puisqu'il est soumis aux dispositions de l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC (regroupant les principaux pays les plus industrialisés), doit donc s'assurer que le caractère innovant de la solution envisagée l'est pour le monde entier. Sur un plus strictement juridique, cette analyse est correcte. Les achats qui sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, et par extension à celles de l'AMP, doivent respecter cette règle de l'extension territoriale maximale du constat de carence.

Il est tout de même possible de pondérer cette exigence. Une question de seuils, concernant le niveau de mise en concurrence, doit être prise en compte. Il est ici question des seuils fixés dans l'accord de l'OMC sur les marchés publics, d'où résulte les seuils communautaires fixés par les instances de l'Union européenne (la Commission se conformant aux méthodes de calcul exposées dans l'AMP)<sup>81</sup>. L'un des principaux objectifs de la directive 2014/24/UE étant de permettre aux pouvoirs adjudicateurs ressortissants des États membres de se conformer simultanément aux obligations européennes et à celles de l'accord<sup>82</sup>.

En tout état de cause, les achats publics innovants réalisés par les acheteurs français ne seront effectivement contrôler, de manière internationale qu'à partir du moment où ces seuils seront dépassés. A défaut, il est peu probable qu'une investigation et, par la suite, un contentieux puisse voir le jour.

Cependant, même pour les contrats qui ne portent pas sur des montants qui excèdent les seuils communautaires et de l'AMP, tout comme les marchés qui ne sont pas soumis aux dispositions ni de l'ordonnance, ni de l'AMP, le fait d'adopter une vision large relativement aux enjeux du projet envisagé peut être particulièrement utile.

Le *sourcing* devient alors indispensable. Il peut soit s'effectuer en interne, si le service dispose des compétences nécessaires pour effectuer un constat de carence au niveau mondial, soit en externe, en passant par les services d'un prestataire spécialisé en la matière (le plus souvent un cabinet de conseil en innovation), dans le cadre de ce qui sera un marché d'étude.

---

<sup>78</sup> Article IV de l'accord révisé sur les marchés publics ; voir également <sup>78</sup> Règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, L. 337/19 : « *L'accord est un instrument plurilatéral qui a pour but l'ouverture mutuelle des marchés publics entre ses parties* ».

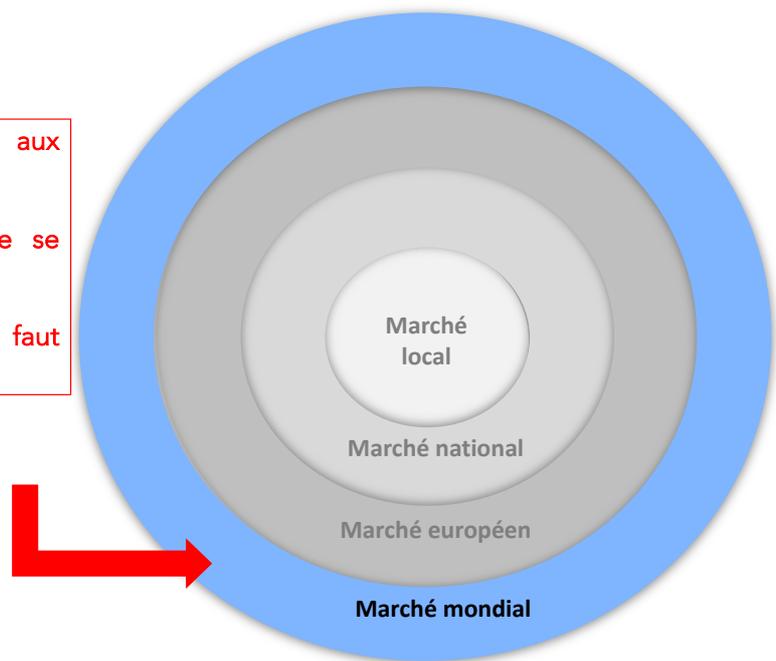
<sup>79</sup> Cons. Constit., Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

<sup>80</sup> La majorité du temps le cas.

<sup>81</sup> Règlement délégué (UE) 2017/2365, op. cit., « L'accord s'applique à tout marché dont la valeur atteint ou dépasse les montants ("seuils") qui sont fixés et exprimés en droits de tirage spéciaux (...). Pour ce faire, les seuils fixés par cette directive pour les marchés publics relevant également de l'accord devraient être alignés (...) ».

<sup>82</sup> Idem.

- L'achat d'innovation est soumis aux dispositions des directives européennes ;
- Par extension, il est nécessaire de se conformer à l'AMP ;
- C'est donc au niveau mondial qu'il faut examiner le critère de la nouveauté



*Figure n°7 : Dimension géographique de l'innovation.*

Peu importe la méthode qu'elle adoptera, l'administration doit s'assurer que son achat porte effectivement sur une innovation, considérée comme une solution significativement nouvelle par rapport la concurrence sur un marché donné ou à l'état des pratiques dans un contexte social déterminé.

A défaut, s'il s'avère que le besoin d'innovation n'était qu'une chimère qui résulte simplement d'une méconnaissance de l'état du marché, la passation d'un marché public classique (dans le sens où la solution est clairement identifiée et n'apparaît pas ou n'apparaît plus comme réellement nouvelle) suffira largement pour satisfaire le besoin public exprimé.

## **B. Temporalité**

Aucune norme (législative ou réglementaire) ne vient fixer de limite temporelle au concept « *d'achat public innovant* ».

Lorsqu'une personne publique cherche à acquérir une innovation, deux hypothèses se présentent.

Premièrement, l'achat porte sur une solution totalement inexistante qu'il s'agit de créer intégralement. En ce sens, la circulaire du Premier Ministre, en date du 25 septembre 2013 définit les achats publics innovants comme « *les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant* »<sup>83</sup>.

Deuxièmement, l'achat porte sur une solution récemment disponible. Sur ce point, la circulaire du Premier Ministre précise que les solutions déjà commercialisées peuvent intégrer le périmètre de l'achat d'innovation « *si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant* »<sup>84</sup>. Les deux ans doivent être calculés à compter de la première commercialisation de la solution<sup>85</sup>.

Dans cette optique, il n'y aurait un achat d'une innovation commercialisée que dans l'hypothèse où cette solution serait présente sur le marché depuis moins de deux ans, faute de quoi, il ne serait plus possible d'utiliser les instruments prévus à cet effet par le droit de la commande publique<sup>86</sup>. Cependant cette approche ne semble pas totalement satisfaisante et cela pour au moins deux raisons.

---

<sup>83</sup> Guide de l'achat innovant.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> Ministère de l'intérieur, Foire aux questions – Favoriser la présentation de solutions innovantes en 10 questions, à jour le 23/05/2018 : « *Une solution, un produit est dit innovant lorsqu'il a été commercialisé depuis moins de 2 ans et qu'il apporte de la nouveauté* ».

En premier lieu, sur un plan purement conceptuel, cette limite temporelle n'est pas forcément pertinente. Ce qui fait la nouveauté d'une innovation, ce n'est pas tant le fait d'avoir été récemment commercialisée, que de présenter des performances substantiellement supérieures aux autres solutions disponibles sur le marché<sup>87</sup>.

En ce sens, une solution peut très bien être présente dans le commerce depuis moins de deux ans et :

1. Être à l'origine d'une évolution significative par rapport à ce que la concurrence proposait au moment dans son introduction ;
2. Ou ne plus être réellement innovante dans l'hypothèse où d'autres solutions alternatives et proposant des performances équivalentes seraient commercialisées avant le terme des deux ans.

A l'inverse, une solution peut parfaitement être présente sur le marché depuis plus de deux ans, proposée des performances substantiellement supérieures au moment de son introduction, tout en demeurant plus efficace que toutes les solutions qui ont été commercialisée par la suite (dans le sens où aucun concurrent n'a été capable de proposer une solution au moment équivalente).

Évidemment, il est plus probable qu'un produit, un procédé ou un service, présentent des performances substantiellement supérieures à ce que propose la concurrence, lorsque ces solutions sont commercialisées depuis moins de deux ans. Mais pour autant, aucune règle générale ne saurait être dégagée. Donc, la réflexion sur la temporalité doit rester un indice important, mais pas décisif pour permettre de qualifier une commande publique d'achat innovant.

En second lieu, sur un plan purement stratégique, nous pouvons noter que dans la plupart des autres États membres de l'Union européenne (et de l'OMC également) aucune limite temporelle n'est clairement fixée (le plus souvent, la question n'est même pas abordée)<sup>88</sup>. En positionnant une limite temporaire arbitraire, les administrations françaises pourraient s'empêcher de prendre en considération les particularités soulignées ci-dessus, comme le font pourtant de nombreux autres pays dans le cadre de leur politique d'achat d'innovations.

En résumé, dans le cadre du présent manuel, nous privilégierons la notion de substantialité de l'innovation sur celle de sa temporalité.

En tout état de cause, peu importe si la limite des deux ans est retenue ou non, Il est essentiel de retenir que l'achat public d'innovation ne porte pas uniquement sur des solutions inexistantes. Une autorité adjudicatrice peut pertinemment ne pas participer à l'élaborer d'une réponse radicalement nouvelle ou substantiellement améliorée à ses besoins, tout opérant une commande publique qui peut être qualifiée d'achat public innovant..

---

<sup>87</sup> Ministère de l'intérieur, Foire aux questions – Favoriser la présentation de solutions innovantes en 10 question, à jour le 23/05/2018 : « *Ce court délai [de deux ans] est issu de la direction générale des entreprises (GDE) du ministère de l'économie et des finances. Des solutions innovantes dont l'existence est supérieure à 2 ans ont déjà été portées à la connaissance du Ministère sans pouvoir être valorisés comme des achats. Il est donc nécessaire que des solutions innovantes plus anciennes soient valorisées* ».

<sup>88</sup> <file:///Users/arthurchapron/Downloads/achats%20publics%20innovants2.pdf>

Il en résulte, sur la base de toutes les observations qui ont été formulées jusqu'à présent qu'une typologie des achats publics innovants, conforme au droit positif, peut-être envisagé, détaillée et proposée.

### III. Typologies des achats innovants

Eu égard à ce qui précède, trois typologies peuvent être distinguées afin de mieux saisir les enjeux relatifs au concept « *d'achat public innovant* ».

#### A. Présentation de la DAE

Originellement, la Direction des affaires juridiques distinguait, dans son guide, deux types d'achats publics d'innovation :

1. Les « *achats commerciaux qui consistent à faire évoluer un produit déjà existant (public procurement of innovation ou PPI)* » ;
2. Les « *achats pré-commerciaux de R&D ou pre-commercial procurement (PCP), qui consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype avec ou sans la vente d'un produit à la clé* »<sup>89</sup>.

Dans le premier cas, les PPI consistent dans l'achat « *de produits ou de services nouveaux ou sensiblement améliorés répondant à un besoin nouveau pour l'administration ou une réponse nouvelle ou améliorée à un besoin existant* »<sup>90</sup>. Dans le second cas, les PCP (ou APAC pour Achat public avant commercialisation) « *consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype* »<sup>91</sup>.

Pour sa part, la Direction des Achats de l'État, considère qu'il existe trois catégories d'achats de solutions innovantes<sup>92</sup>.

1. Les achats de produits et services qui sont nouveaux pour grand public et qui sont donc commercialisés récemment ;
2. Les « *achats de produits ou services qui n'existent pas "sur étagère", nécessitant donc des activités d'innovation. Le produit est nouveau ou sensiblement amélioré par rapport à une référence qui peut être la gamme du fournisseur, le marché ou l'acheteur (achats de prototypes ou de première série à la suite d'un co-développement ou un partenariat d'innovation)* » ;
3. Les « *achats de R&D* »<sup>93</sup>.

---

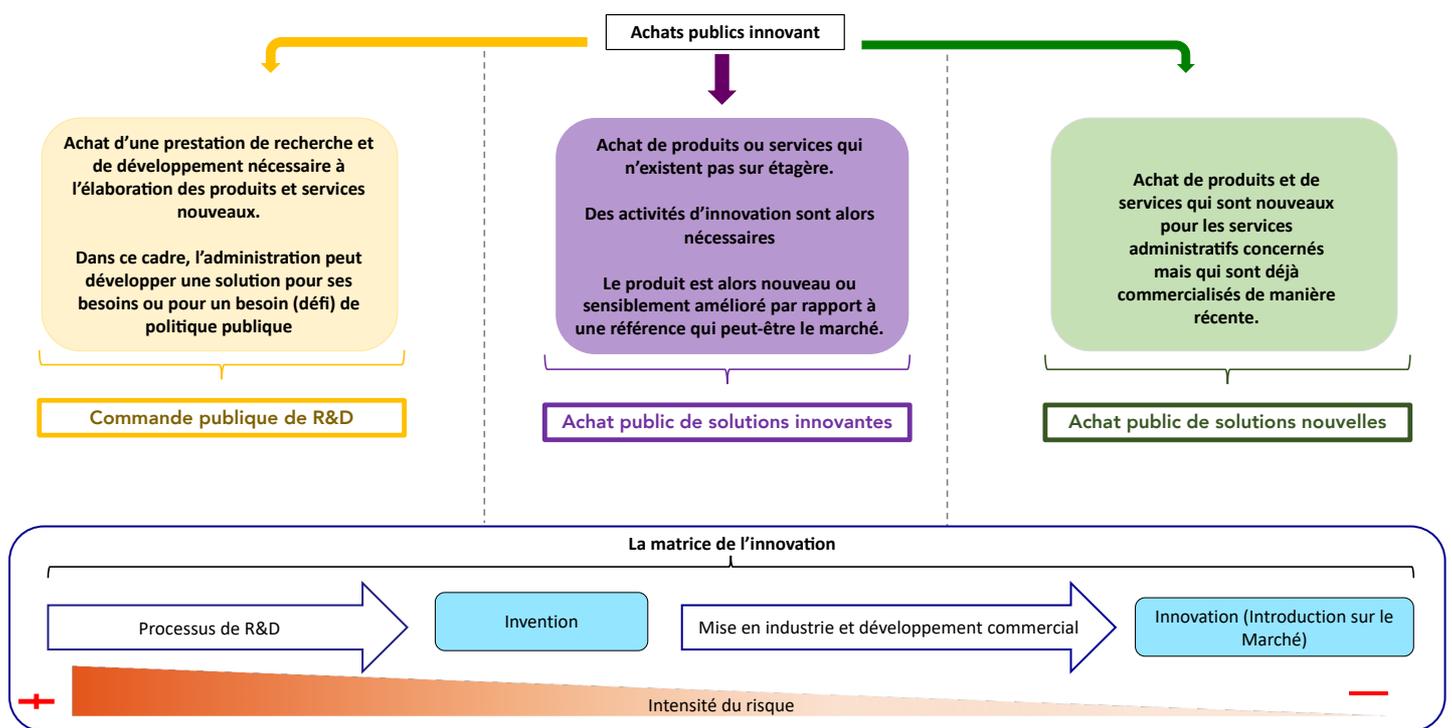
<sup>89</sup> DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant – Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public*, Janvier 2014, version 2.

<sup>90</sup> BECK (M.), *Éclairage sur l'achat d'innovation*, DAE, présentation du 15 janvier 2018.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> <https://www.economie.gouv.fr/dae/achats-innovants>

<sup>93</sup> PactePme, *Guide de bonnes pratiques en innovation ouverte – Aider PME et grandes entreprises à mieux co-innover*, Mars 2016.



*Figure n°8 : Typologie des achats publics innovants*

Sans remettre en cause cette présentation, il nous semble qu'eu égard aux éléments qui précèdent, il est possible de construire une typologie affinée permettant d'intégrer la conception de la DAE tout en exposant de manière synthétique la catégorie des achats innovants.

## **B. Présentation en fonction de l'implication du secteur public**

Dans cette autre conception, le concept d'achat innovant se subdivise, tout d'abord, en deux catégories.

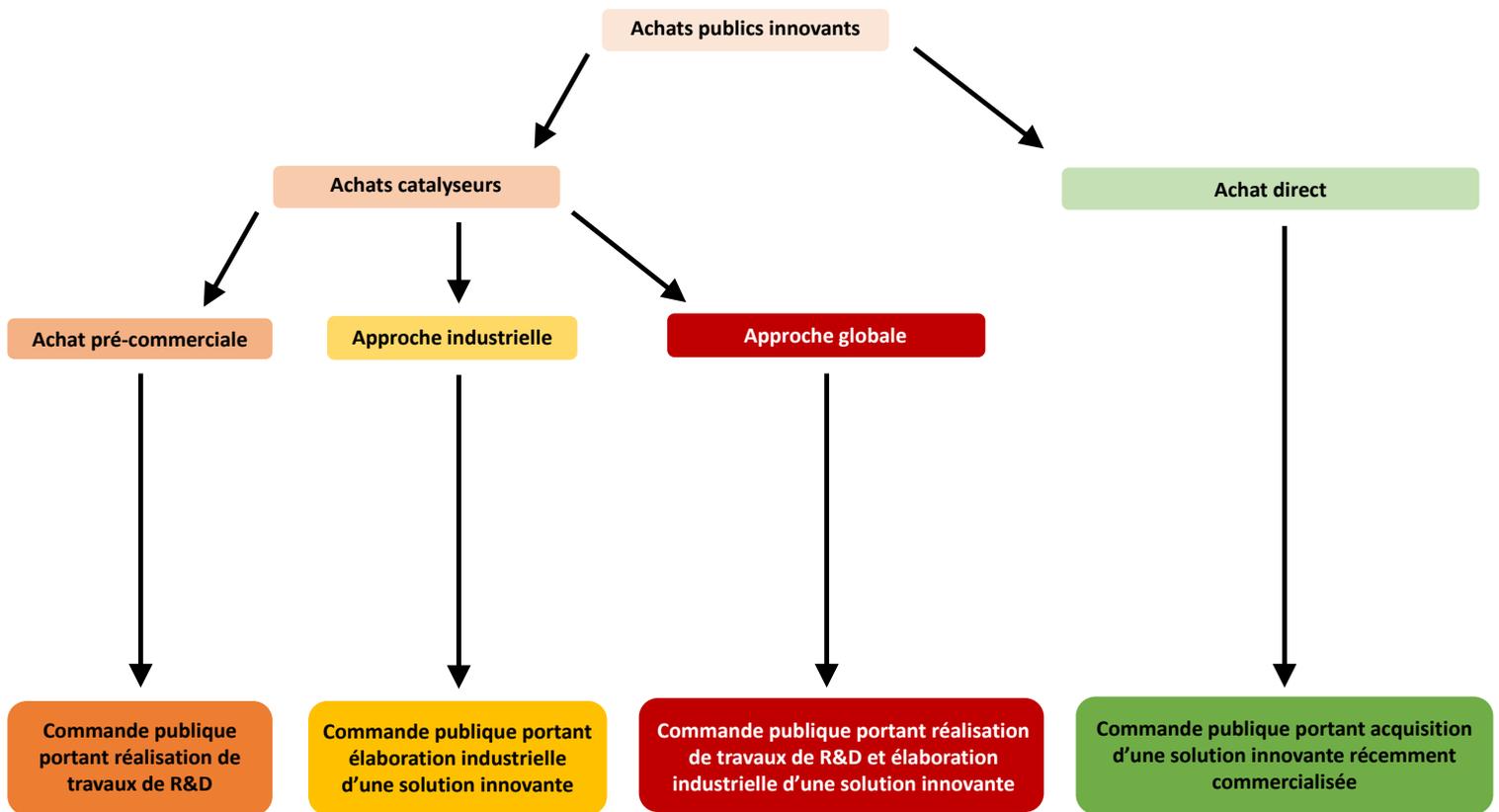
D'une part, en amont, nous pouvons distinguer les achats catalyseurs, dans le cadre desquels, le pouvoir public joue simultanément deux rôles celui d'acheteur et celui de promoteur puisqu'il s'agit tout autant de faire émerger des solutions nouvelles que de les acquérir *in fine*.

Ce premier sous-concept se divise lui-même en trois éléments. Les achats pré-commerciaux, où il s'agit de financer uniquement le programme de R&D. Les achats industriels, où il est question de participer financièrement à la modélisation industrielle (dans le cadre des travaux post-R&D) d'une solution nouvelle puis de l'acheter. Les achats globaux, qui regroupent les deux autres modes qui précèdent puisque leur but est de financer les travaux de R&D, puis de commander la modélisation de la solution, pour finalement l'acheter une fois la solution définitivement fixée.

D'autre part, en aval, nous retrouvons l'achat direct pour lequel l'administration ne participe pas à l'élaboration d'une future solution innovante, mais se limite à acheter une innovation qui est déjà présente sur le marché.

L'achat innovant fait donc l'objet d'une caractérisation multiple étant donné que toutes ces sous-catégories relèvent de ce concept unique et englobant.

Cette présentation insiste sur les caractéristiques industrielles et commerciales des achats de produits ou de procédés. Cependant, il est tout à fait possible d'intégrer dans la réflexion la question des expérimentations sociales. Il faudra alors distinguer les tentatives qui portent sur des modes comportementaux qui n'existent pas encore (ou pas sous la forme désirée) des hypothèses où il est question de transposer directement des expériences passées et concluantes dans un cadre nouveau.



*Figure n°9 : Typologie des achats publics innovants en fonction de l'implication de l'autorité contractante*

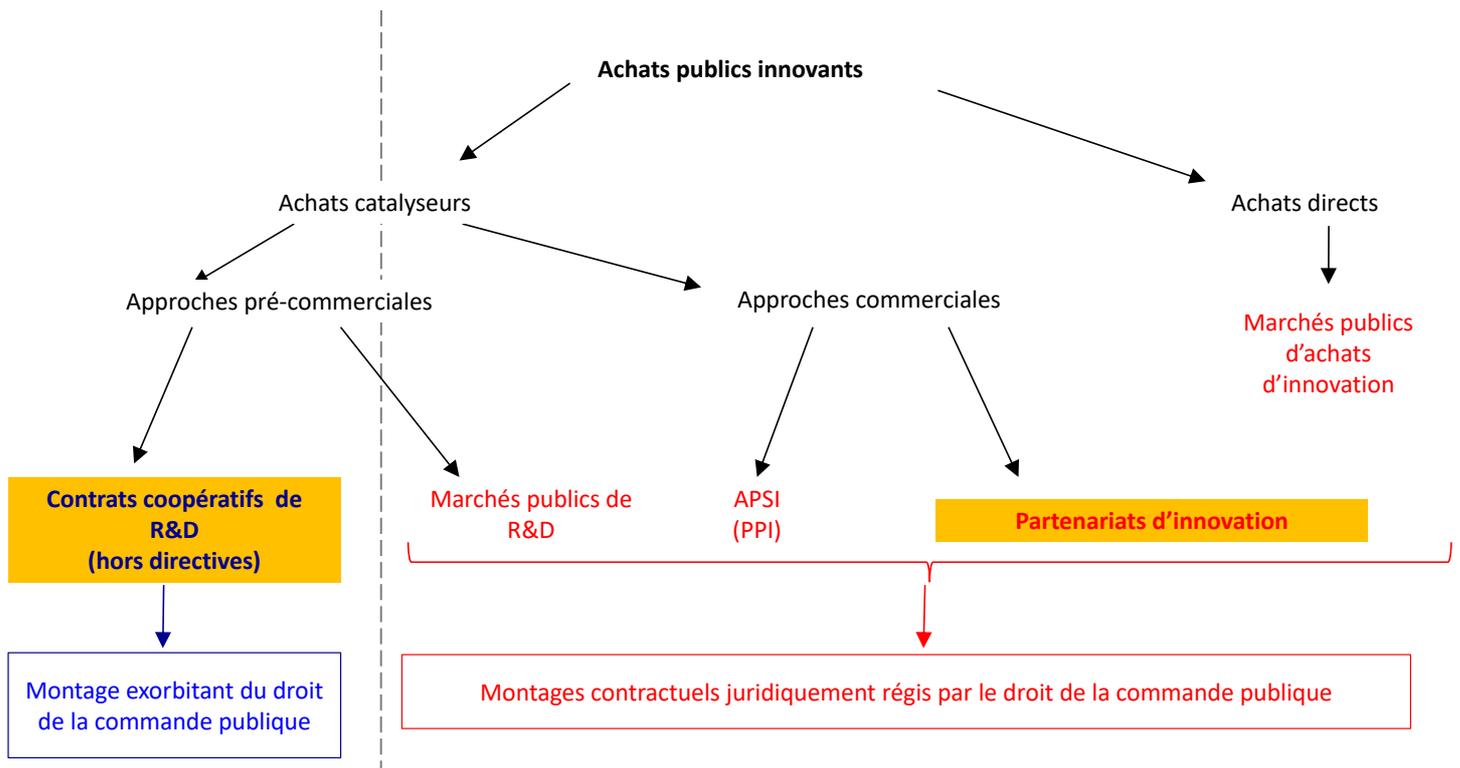


Figure n°10 : Typologie juridique des achats publics innovants

## **C. Présentation en fonction du besoin**

Une dernière typologie peut être établie en fonction du besoin auquel il s'agit de répondre. De manière non exhaustive, deux cas, peuvent être distingués.

1. Dans la première hypothèse, le besoin lui-même est nouveau et il n'existe pas de solution sur (de travaux, de fournitures ou de services) pour y répondre directement ;
2. Dans la seconde hypothèse, le besoin est déjà connu, il existe et il est alors question de lui apporter une réponse nouvelle. En d'autres termes, l'acheteur cherche à modifier l'objet de son acte d'achat en répondant à un besoin classique via une solution innovante qui n'est pas encore disponible sur le marché. En l'occurrence, il est nécessaire d'établir des achats de type pré-commercial, afin de pousser le marché à proposer une offre effectivement adaptée.

## **IV. Définition synthétique de l'achat public innovant**

Au terme de cette analyse et dans le cadre du présent manuel, nous retiendrons, en ce qui concerne l'achat innovant (ou commande publique innovante), la définition qui suit :

*« L'achat public innovant correspond à l'acquisition d'une solution (produits, procédés, services ou résultats scientifiques et techniques) qui, soit n'existe pas encore sur le marché ou dans les pratiques, soit a déjà été récemment commercialisée ou diffusée et présente des performances significativement supérieures à ce qu'offre la concurrence afin de répondre à un besoin inédit ou d'apporter une réponse inédite à un besoin existant ».*

Plus globalement, l'investissement public en faveur des actions innovantes sera défini de la manière qui suit :

*« L'investissement public innovant correspond à la participation financière et/ou humaine des administrations en faveur de programme d'innovation, via des achats, des aides ou l'établissement d'un projet collaboratif ».*

C'est à partir de ces définitions, ainsi que de l'ensemble des éléments qui ont précédé à son élaboration, que nous avons construit l'arborescence qui sert de repère dans la boîte à outils que constitue le droit de la commande publique d'innovation.

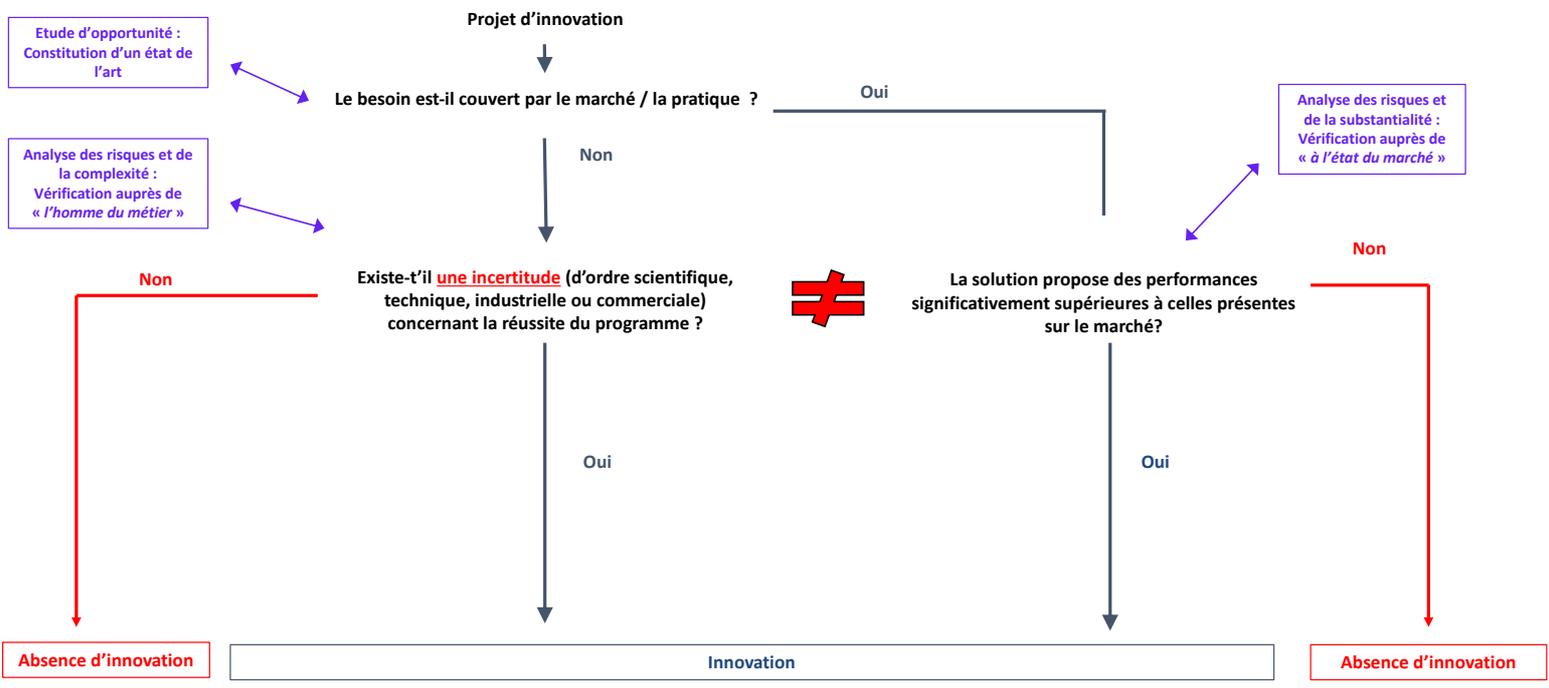


Figure n°11 : Matrice de qualification juridique de l'innovation

## Problématique principale : quid de la disponibilité ?

Eu égard à ce qu'il précède, la principale question à laquelle doit répondre les acteurs de l'innovation dans le secteur public – et tout particulièrement l'acheteur – lorsqu'ils estiment que le besoin ne peut être satisfait que dans le cadre de l'acquisition d'une innovation, est la suivante : La solution, (travaux, fournitures ou services) dont l'achat est envisagé est-elle disponible sur le marché ?

En l'espèce la notion de « *disponibilité* » peut être définie comme le fait pour une solution d'être accessible dans le commerce et peut directement faire l'objet d'une acquisition, sans adaptation substantiellement (c'est-à-dire, qui modifierait manifestement la nature de la solution envisagée par l'administration). En d'autres termes, nous conseillons aux acheteurs de débiter leur raisonnement en se vérifiant, via un *sourcing*. Sur ce point, l'article 4 du décret n°2016-360 dispos qu'afin « *de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ». Le *sourcing* doit nécessairement intervenir lors des études préalables au lancement de la procédure de publicité et de la mise en concurrence.

Pour rappel le *sourcing* vient du terme *sourcing* qui est un concept anglo-saxon, provenant lui-même du verbe « *to source* », qui désigne le fait de remonter à la surface. Dans le cadre du droit de la commande publique, cette notion implique la collecte d'informations relatives à l'état du marché. Le *sourcing*, qui se situe forcément en amont de l'acte d'achat, permet ainsi d'obtenir toutes les informations accessibles (*id est*, qui ne sont pas tenues secrètes par les opérateurs économiques) nécessaires au recensement et à la compréhension des offres qui correspondent à un besoin particulier. L'autorité adjudicatrice peut effectuer un tel travail de reconnaissance préalable du marché en interne, via son équipe d'acheteur. Elle peut également décider d'externaliser cette prestation et donc d'être assistée pour réaliser cette opération préalable. Cette assistance peut intervenir dans le cadre d'un marché d'étude<sup>94</sup>.

Le *sourcing* permet d'atteindre, au moins, deux objectifs.

1. Permettre au pouvoir adjudicateur de mieux connaître l'état du l'art et potentiellement, dans l'hypothèse où ce dernier existe, la structure du marché. Dans le cadre de l'achat public innovant, cet objectif est principalement atteint via la constitution d'une veille technologique ;
2. Informer les opérateurs économiques d'un ou plusieurs projets futurs. L'acheteur est libre de définir les modalités de son parangonnage. Il faut cependant veiller au respect aux principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, le *sourcing* ne doit pas fausser la concurrence, en limitant l'accès, en discriminant les candidats, ou annihilant la transparence des procédures extérieures.

---

<sup>94</sup> LINDITCH (F.), « Du sourcing et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *JCP-ACT*, n°1, 11 janv. 2016, p. 2001.

En ce sens, la doctrine souligne que « *la connaissance du marché peut bouleverser le montage contractuel en transformant le projet de recherche et de développement (R&D) en projet d'acquisition de produits nécessitant une mise au point notamment moins coûteuse par rapport aux surcoûts des maquettes et prototypes* »<sup>95</sup>.

Pour les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur doit établir un rapport de présentation, dans lequel figurera la description des mesures prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par les échanges. Lorsque la procédure est lancée, aucun contact, même informel ne doit être pris avec les entreprises candidates. Évidemment, si une consultation est organisée, les documents de consultation – notamment le cahier des charges – ne devra pas être orienté de façon à favoriser un ou plusieurs prestataires, en retranscrivant trop largement une solution technique proposée en amont.

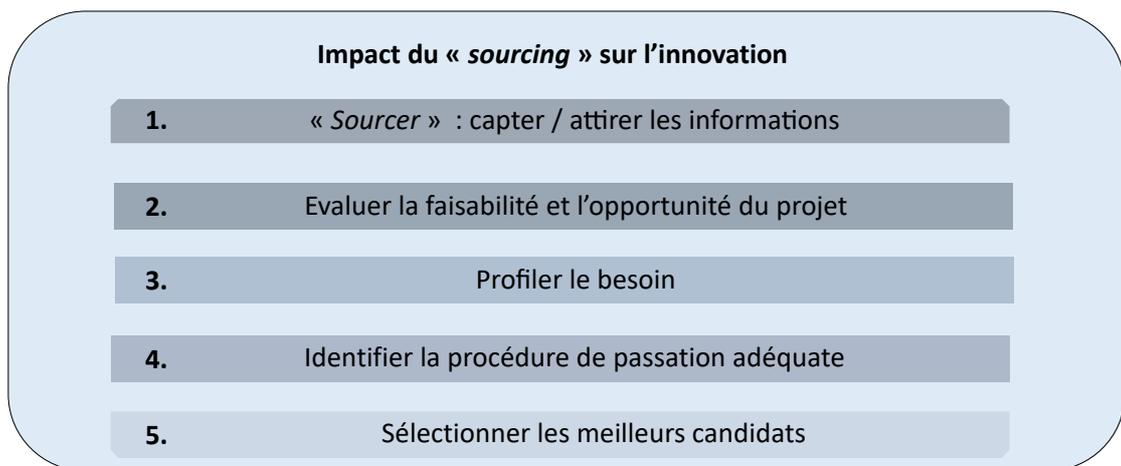
Si son besoin peut être satisfait effectivement par un produit, un procédé ou une méthode déjà existant (et qui paraît, de prime abord, innovante), le pouvoir adjudicateur se positionne comme un « *primo-acquéreur* » ;

En revanche, si rien d'existant ne correspond, l'acheteur se positionne comme un catalyseur puisqu'il va directement participer à l'élaboration d'une nouveauté (ou d'une amélioration substantielle) qui potentiellement répondra à son besoin.

Nous débuterons par analyser l'hypothèse où la solution n'existe pas (elle est donc indisponible) avant de considérer la situation inverse où le pouvoir adjudicateur doit se demander si l'offre proposée est effectivement innovante, ou non.

---

<sup>95</sup> ADDA (D.), « Commande publique - Propriété intellectuelle : Un droit trop souvent négligé », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*.



*Figure n°12 : Rôle du sourcing en matière d'achat innovant*

## **Hypothèse n°1 : Indisponibilité de la solution**

Dès lors qu'il n'y a, objectivement, aucune solution similaire, il est possible de parler d'indisponibilité. En l'occurrence, l'analyse menée en amont mène à la conclusion suivante, la satisfaction du besoin (ou du moins la réussite du projet envisagé) implique l'élaboration d'une solution qui n'existe pas encore sur le marché (ou dans la pratique) et cela pour des raisons diverses (comme des lacunes dans les connaissances scientifiques et techniques, ou encore l'absence d'une idée similaire auparavant, l'apparition d'un nouveau défi...).

Une expérimentation est donc nécessaire, les fournitures, les services ou les travaux nouveaux ou sensiblement améliorés envisagés ne pouvant être mis au point sans des phases préalables, de réflexion, de création et, par extension, de test. Toutes ces étapes contiennent un risque, celui de voir le projet ne pas aboutir.

Dans cette situation, l'acheteur a un rôle actif dans l'élaboration de l'innovation, puisqu'il s'agit pour lui d'être un catalyseur. A ce titre, le pouvoir adjudicateur est davantage un investisseur, dans le sens où il court manifestement le risque d'un échec du projet qu'il porte et qu'il soutient. C'est en conséquence, l'acheteur qui est à l'origine de l'expérimentation et qui va donc devoir l'encadrer. Ayant fait le constat d'une carence de l'offre il doit désormais se poser les deux sous-questions qui suivent : quel type d'expérimentation s'agit-il de mener ? Quels sont les objectifs ?

Afin d'assister au mieux l'acheteur dans la réponse à ces deux questions, une réflexion sera d'abord menée sur la notion d'expérimentation (I). Ensuite, afin de lui permettre de se conformer pleinement aux objectifs qui sont les siens, un développement sur les différents modes de contractualisation sera proposé (II).

### **I. La notion d'expérimentation**

La notion d'expérimentation est ici prise dans le sens d'une catégorie générale, regroupant toutes les opérations humaines qui tendent à acquérir des expériences nouvelles afin d'introduire une nouveauté – ou une amélioration substantielle – dans un cadre existant. Il s'agit donc, dans un premier temps d'en proposer une définition générique (A) et une piste générale en ce qui concerne son identification (B). Sur cette base et dans un second temps, une typologie des expérimentations les plus fréquentes en matière d'achat public innovant sera développée (C).

## **A. Définition générique**

L'innovation est liée au risque et à l'incertitude<sup>96</sup>. En raison de la volonté de progrès (ou de la carence) qui en est à l'origine, l'innovation tente de faire la jonction entre ce qui est connu et ce qui ne l'est pas encore en introduisant sciemment un changement manifeste dans un cadre existant, concrétisant par la même occasion une avancée<sup>97</sup>.

En ce sens, il ne peut y avoir d'innovation sans expérimentation. Innover c'est faire en sorte de gagner de l'expérience, d'obtenir des informations manquantes dans un domaine donné, à un moment donné. Dans cette optique, l'établissement d'une démarche expérimentale est toujours nécessaire pour faire émerger une innovation.

De surcroît, cette même démarche expérimentale constitue toujours un pari qui comporte une réelle prise de risque. Cette dernière se situe à plusieurs niveaux. Il est le plus souvent question d'incertitude scientifique et technique, d'incertitude industrielle et commerciale (hors problématique qui serait le résultat d'une lacune dans les connaissances humaines sur un thème donné), ou d'incertitude sociale (*id est* hors problématique en lien avec l'établissement d'une technologie nouvelle ou substantiellement améliorée).

## **B. Identification de l'expérimentation**

La présence d'une incertitude est une condition indispensable à la qualification d'une expérimentation. Il est donc nécessaire que la réussite du projet, dans sa globalité puisse échouer. Il en résulte qu'en matière d'innovation aucun retour sur investissement ne peut être garanti. Ainsi, l'expérimentation représente un coût, financier principalement (social et humain dans des mesures moindre) conséquent<sup>98</sup>.

S'il n'y a aucun risque, ou si ce dernier est minime, il n'y a pas lieu de considérer que l'expérimentation participe réellement à un processus d'innovation.

---

<sup>96</sup> BIRRAUX (C.), LE DEAUT (J.-Y.), *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, Janvier 2012 : « *De nombreuses innovations sont en préparation partout dans le monde. Ces innovations font face à deux types d'aléas : ceux mesurables, prévisibles, prévus, que l'on appelle généralement « risques », qui sont étroitement intégrés au sein du processus d'innovation, et ceux qui ne sont pas mesurables, qui sont incertains, qui rendent le processus flou et peuvent faire dévier la dynamique du progrès vers les abîmes de l'échec.* ».

<sup>97</sup> BILLE (J.), DUBEDOUT (A.), PASQUET (N.), *L'innovation en actions – Innovation & incertitude*, ASRC, École des Mines de Nancy, 2012, 120 p., « *L'innovation en tant que processus complexe génère de l'incertitude en proposant de nouvelles règles du jeu économiques, politiques, technologiques et scientifiques. Elle fabrique de l'incertitude en ouvrant l'avenir à de nouvelles possibilités : nouveaux business models, nouveaux usages, nouvelles manières de comprendre notre monde, etc. Le plus souvent de telles nouveautés s'anticipent très difficilement, et peuvent être très éloignés des prévisions établies et souhaitées. Le résultat de l'innovation, surtout de rupture, est incertain.* »

<sup>98</sup> REBOUL (Y.), *Contrats relatifs aux connaissances scientifiques et techniques*, JurisClasseur Brevet, Synthèse 60.

## **C. Typologie des expérimentations**

Un problème évident se pose alors. Quel est le type d'expérimentation nécessaire pour parvenir à générer une solution inédite qui répondra au besoin de l'acheteur ? Afin d'y répondre, il faut d'abord se poser une autre question. A quelle condition la solution inexistante, dont l'obtention permettra de satisfaire les besoins de la personne publique, peut-elle être rendue disponible ? Quels sont les éléments qui font obstacle à son développement ? La carence – l'absence de solution – est-elle la conséquence d'une lacune manifeste dans les connaissances scientifiques et/ou techniques humaines, dans un secteur clairement identifié ? Auquel cas, l'établissement, *a minima*, d'un programme de R&D sera nécessaire (1).

Dans d'autres circonstances, ce n'est pas le dépassement des savoirs actuels qui est en cause. Ce manque d'idées, d'audace et d'investissement (autrement formulé, un défaut dans la prise de risque) explique qu'aucune solution similaire n'a été envisagée auparavant. Dans cette hypothèse, la mise en place d'une expérimentation d'ordre strictement industrielle et commerciale sera requise (2).

En dernier lieu, l'expérimentation peut s'imposer en raison de questionnements sociaux nouveaux qu'il s'agit de surmonter (3).

### **1. L'expérimentation scientifique et technique : la R&D**

Afin d'innover il est parfois nécessaire de repousser les limites des connaissances humaines. Il s'agit alors de dépasser une ou plusieurs incertitudes d'ordre scientifique et technique. Lorsque tel est le cas, la mise en place d'un programme de recherche et développement s'impose<sup>99</sup>. La réciproque est vraie également puisqu'il n'y a pas lieu d'établir un programme de recherche et développement s'il n'y a aucune lacune dans les savoirs et donc aucune incertitude d'ordre scientifique et technique à dépasser.

En tout état de cause, l'acheteur doit s'assurer que la carence à laquelle il est confronté résulte d'un problème qui ne peut être résolu qu'à partir d'un effort en matière de recherche fondamentale, de recherche appliqué et/ou de développement expérimental<sup>100</sup>. A défaut, *id est* si les connaissances humaines disponibles dans un domaine donné, à un moment donné sont suffisantes pour solutionner le problème auquel l'administration est confrontée, dans sa démarche innovante, il n'y aura pas lieu d'établir un programme de recherche et développement.

En outre, il est important de souligner qu'une expérimentation cesse de relever du champ des travaux de R&D dès lors que l'incertitude scientifique et technique qui en était à l'origine n'est plus.

Eu égard à ce qu'il précède, quatre points seront plus spécifiquement abordés. Premièrement une réflexion sera menée sur la notion de R&D, notamment en s'accordant sur le concept d'incertitude scientifique et technique (a). Deuxièmement, il sera question d'identifier

---

<sup>99</sup> La R&D englobe les activités réalisées selon une démarche scientifique en vue d'accroître la somme des connaissances ainsi que l'utilisation de celles-ci pour de nouvelles applications. Les travaux de R&D ne sont qu'un sous-ensemble du processus d'innovation et doivent donc être distingués au sein de l'ensemble des opérations que les opérateurs économiques mènent pour parvenir à innover.

<sup>100</sup> Article 14, 3° de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

clairement ses limites (b). Troisièmement, les domaines qui peuvent relever des sciences et des techniques seront mis en évidence (c). Quatrièmement, une synthèse globale des éléments qui précèdent sera proposée (d).

### a. La notion de R&D

Présenter cette notion cardinale, implique de disposer d'une définition générique clair (i), puis d'établir un faisceau d'indices, relatif au concept d'incertitudes scientifiques et/ou techniques, qui permettra aux acheteurs de déterminer s'ils ont besoin d'établir un programme de recherche et de développement (ii).

#### (i). Définition Générique

Originellement, la R&D n'est pas une notion juridique. Il s'agit, prioritairement, d'un concept statistique, systématisé pour la première fois dans le Manuel de Frascati en 1963<sup>101</sup>. Par la suite, la notion de R&D a progressivement pénétré l'univers du droit français. Directement d'abord via le droit fiscal et son crédit d'impôt en faveur de la recherche (ci-après CIR). Indirectement ensuite via le droit communautaire relatif aux aides d'État<sup>102</sup> et aux ententes anti-concurrentielles<sup>103</sup>. Dans les deux cas, même si certaines libertés ont pu être prises, le législateur a généralement utilisé le Manuel de Frascati afin de définir la notion de R&D<sup>104</sup>.

Pendant longtemps, en ce qui concerne le droit de la commande publique, aucune réelle précision sur le plan notionnelle n'avait été effectuée. C'est pourquoi, en l'absence d'une définition spécifiquement arrêtée, il était conseillé aux acheteurs de s'appuyer sur la doctrine fiscale relative au crédit d'impôt en faveur de la recherche et donc, indirectement, sur le Manuel proposé par l'OCDE<sup>105</sup>. Cependant, la réforme introduite par l'ordonnance du 23 juillet 2015 est venue, en grande partie, corrigée cette lacune.

---

<sup>101</sup> GODIN (B.), « Concept of R&D – Research and development : How the 'D' got into R&D », *Science and Public Policy*, vol. 33, n°1, fév. 2006, pp. 59-76.

<sup>102</sup> Règlement (UE) n ° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JO L. 187 du 26.6.2014 ; voir également : Communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C. 198 du 27.6.2014.

<sup>103</sup> Règlement (UE) n ° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, JO L. 335 du 18.12.2010.

<sup>104</sup> Le Guide du crédit d'impôt recherche, 2017 : « *Concernant les activités de R&D, le guide 2017 s'appuie sur le BOI-BIC-RICI-10-10-10-20. Ce bulletin officiel délimite le périmètre des travaux éligibles en référence au Manuel de Frascati (la dernière édition date du 8 octobre 2015).* » ; cependant, CAA Versailles, 14 juin 2018, n°16VE02477 : « *Considérant que le manuel Frascati publié par l'organisation de coopération et de développement économique ne constitue pas une interprétation de la loi fiscale par l'administration compétente, opposable sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ; qu'en outre, aucune disposition législative ne le rend opposable à l'administration fiscale ; que, par suite, la société requérante ne saurait utilement invoquer ce document dans le présent litige* ».

<sup>105</sup> DAJ, *Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs*, Fiches techniques.

Une première définition fut tout de même apportée dans le cadre de l'instruction du 26 décembre 1978 relative à l'application du CCAG-PI. Dans ce cadre, une distinction était opérée en deux sous-catégories. D'une part, la « *recherche* » qui regroupe « les travaux entrepris dans le but de reculer les limites des connaissances scientifiques, techniques et technologiques » le texte précisant que « *s'ils sont entrepris sans intention sur les applications qui pourraient en résulter, il s'agit de recherche fondamentale* » et qu'à l'inverse, « *s'ils sont entrepris en vue d'applications, il s'agit de recherche appliquée* ». D'autre part, le « développement » qui regroupe « *l'ensemble des travaux qui ont pour but la mise au point des dispositifs, procédés ou matériels répondant à des spécifications techniques déterminées et ou mis en pratique de façon reproductible* »<sup>106</sup>.

Actuellement, le droit de la commande publique dispose que : « *La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif* »<sup>107</sup>.

En l'occurrence, il sera retenu que l'expression « *recherche et développement* » désigne toutes les activités humaines qui ont pour objet le dépassement d'une incertitude d'ordre scientifique et/ou technique, sans pour autant envisager ni l'industrialisation, ni la commercialisation de la solution nouvellement identifiée.

(ii). *L'identification de l'incertitude scientifique et technique*

α. Un projet de R&D<sup>108</sup> doit permettre d'accroître la somme des connaissances humaines en participant à la dissipation d'une incertitude scientifique et/ou technique. En d'autres termes, la mise en œuvre d'un programme de R&D tend à résoudre un problème dont la solution n'est pas évidente à l'égard d'une personne parfaitement informée de l'état des connaissances, des pratiques et des techniques couramment utilisées dans un secteur considéré. Le résultat des travaux de R&D doivent donc présenter un écart manifeste relativement au savoir-faire ou aux pratiques répandues dans un domaine d'application concerné.

---

<sup>106</sup> Instruction du 26 décembre 1978, pour l'application du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, JO – NC, 9 janvier 1978

<sup>107</sup> Article 14, 3<sup>e</sup> de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>108</sup> Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, la Commission définit le concept de « *projet de R&D* » comme « *une opération qui inclut des activités couvrant une ou plusieurs catégories de recherche et de développement définies dans le présent encadrement et qui est destinée à remplir par elle-même une fonction indivisible à caractère économique, scientifique ou technique précis, assortie d'objectifs clairement identifiés. Un projet de R&D peut consister en plusieurs travaux, activités ou services et comporte des objectifs clairs, des activités à mener pour atteindre ces objectifs (y compris leurs coûts escomptés) et des éléments concrets à livrer pour définir les résultats de ces activités et les comparer avec les objectifs correspondants. Lorsque deux ou plusieurs projets de R&D ne peuvent être clairement distingués les uns des autres et, plus particulièrement, lorsqu'ils ne disposent pas chacun séparément de chances de succès technologique, ils sont considérés comme un projet unique* ».

Ainsi, la permanence d'un aléa est toujours nécessaire<sup>109</sup>. D'où résulte, d'une part la dimension expérimentale et d'autre part le fait que l'échec est constamment présent<sup>110</sup>. Des travaux de R&D qui échoueraient peuvent tout de même contribuer à la dissipation d'une incertitude scientifique et/ou technique puisque cet échec peut démontrer l'inefficacité d'une démarche de recherche et/ou de développement et ainsi augmenter la somme des connaissances<sup>111</sup>.

β. L'existence d'une incertitude scientifique et/ou technique s'apprécie relativement à deux concepts, l'inédit épistémique<sup>112</sup> et la complexité.

Premièrement, tout comme c'est le cas de manière générale concernant les caractères de « nouveauté » et « d'amélioration sensible » dans le cadre d'innovation, la présence d'un inédit épistémique s'évalue par rapport à un état de l'art, regroupant toutes les connaissances scientifiques et techniques accessibles dans un secteur et à un moment donné<sup>113</sup>, qu'il s'agit de construire avant de se lancer dans une démarche de recherche et développement.

La constitution d'un état de l'art permet de s'assurer que les connaissances disponibles n'offrent pas la possibilité de surmonter les difficultés scientifiques et/ou techniques qui bloquent l'avancement du processus d'innovation.

L'établissement d'un état de l'art permet de clairement identifier les carences en matière de savoirs scientifiques et techniques et les incertitudes à dépasser eu égard à ce constat. Si effectivement, les connaissances accessibles n'apportent aucune solution permettant de surmonter les difficultés auxquelles le projet d'innovation se heurte, il y aura lieu de mener à bien un programme de R&D.

L'état de l'art est constitué sur le fondement de toutes les sources pertinentes. Trois sont principalement concernés :

1. Les publications scientifiques et techniques spécialisées (livres, journaux, articles de revues, les actes d'une conférence ou d'un colloque, les rapports de recherches, les livrables dans le cadre d'une veille technologique...);
2. Les brevets ;
3. Les bases de données spécifiques au domaine concerné.

---

<sup>109</sup> CE, 16 février 1996, req. n° 154185, 154187, 160124

<sup>110</sup> COHEN (T.), « Retirement security : Leveraging the Research and Development Tax Credit », *Marquette Elder's Advisor*, Vol. 15, 2, Spring, 290-320 : « *Of course, the nature of R&D expenses is experimental. This means that there is no guarantee that this proposal will bear fruit* » ; voir également, MAGAT (W.), « The effects of environmental regulation on innovation », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 43, n°1, Winter-Spring 1979, 4-25 : « (...) *the stochastic nature of the R&D process* (...) ».

<sup>111</sup> CA, Douai, 28 mai 2015, n°13/06724, où le juge affirme qu'un « contrat de recherche » est « par essence aléatoire » et que « l'absence de résultats satisfaisants n'est que la mise en évidence de l'aléa inhérent au contrat de recherche. ».

<sup>112</sup> En l'occurrence « l'inédit épistémique » désigne des connaissances, relevant des champs scientifiques et techniques, nouvelles ou sensiblement améliorées.

<sup>113</sup> En l'espèce, l'état de l'art regroupe l'ensemble des connaissances accessibles lors du lancement d'un programme de R&D.

Dans l'hypothèse où une solution fait partie du corpus de résultat accessible, les opérations concernées ne doivent pas être qualifiées de R&D nonobstant le fait que cette solution n'est pas maîtrisée par le porteur du projet d'innovation. Via la constitution d'un état de l'art, le porteur s'assure que toutes connaissances accessibles sont identifiées et exploitées afin de conduire son projet.

En outre, ces sources doivent être accessibles. Cela implique que ces connaissances sont disponibles, de manière gratuite ou payante et que toute personne peut y avoir accès<sup>114</sup>. Par extension, cela signifie qu'une connaissance scientifique et/ou technique qui serait gardait secrète, notamment via le système des clauses de confidentialité, et qui ne serait donc cachée au public, y compris aux experts, n'intègre pas le champ des sources accessibles<sup>115</sup>.

Cependant, le caractère accessible d'une connaissance n'implique pas que l'entité qui porte le projet d'innovation puisse l'exploiter directement. Un droit de propriété intellectuelle (un brevet le plus souvent) peut venir simultanément rendre public le savoir et le rendre inexploitable commercialement. Dans cette situation, deux hypothèses sont envisageables :

1. Soit le porteur du projet parvient à acquérir une licence pour exploiter cette solution existante, d'où il résulte qu'un programme de R&D n'a pas lieu d'être ;
2. Soit le porteur décide de lancer un programme de R&D pour trouver une solution nouvelle qui dépasse scientifiquement et techniquement les performances de la solution existante.

Il est essentiel de distinguer « l'analyse du marché » de « l'état de l'art ». Le premier concept désigne les produits et autres procédés proposés sur un marché, dans un contexte donné, qui répondent à des difficultés antérieures, tandis que le second regroupe toutes les connaissances scientifiques et techniques sur lesquelles s'appuyer afin de résoudre des difficultés nouvelles.

Deuxièmement, la complexité s'évalue par rapport à la figure de l'homme du métier.

Il y a complexité dès lors que la compréhension des savoirs scientifiques et/ou techniques nouvellement identifiés ne résultent pas, de manière évidente d'une analyse simple de l'ensemble des connaissances, pratiques et techniques utilisées dans un domaine donné. S'il n'y a aucune difficulté, s'il n'y aucune incertitude, il ne peut y avoir de complexité et par extension il ne peut y avoir de qualification en R&D<sup>116</sup>. Il est donc nécessaire de faire sauter des verrous scientifiques ou technologiques pour bénéficier d'une qualification en R&D.

---

<sup>114</sup> Un état de l'art doit s'étendre au public compris le plus largement possible. Cet état des connaissances scientifiques et techniques ne peut pas être établie uniquement à partir des savoirs propres à l'entité qui porte le projet d'innovation.

<sup>115</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-20 : sur ce point, l'administration fiscale précise que « les documents secrets ne sont pas accessibles et leur existence n'est pas par principe connue sauf pour l'entreprise qui les détient ».

<sup>116</sup> CAA Marseille, 21 avril 2017, n°16MA01921, à propos d'un « système de lecture et de reconnaissance des plaques minéralogiques pour le parc auto du Palais de la Méditerranée » pour un « montant cumulé des commandes relatives (...) dépassant 700 000 euros, de sorte que cet équipement s'est effectué sans aucune mise en concurrence », le juge a considéré « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette commande portait sur une prestation de recherche et développement, plutôt que sur une simple prestation de fournitures, les dispositifs de lecteur de plaques ne pouvant être alors regardés comme un système complexe et inconnu des autres acteurs de l'industrie du parking ».

Par extension, cela implique que la simple amélioration des connaissances existantes ne saurait être identifiée comme étant le résultat d'une activité de R&D, l'écart doit être manifeste. Dans le même sens, si un homme du métier, à partir des connaissances déjà disponibles, parvient à résoudre le problème identifié, sans avoir à obtenir un savoir substantiellement nouveau, il n'y aura pas lieu de considérer que travaux de R&D ont été nécessaires. Ainsi, toute réalisation qui ne présente pas d'originalité particulière relativement aux connaissances scientifiques et techniques disponibles ne peut pas être qualifiée en activité de R&D.

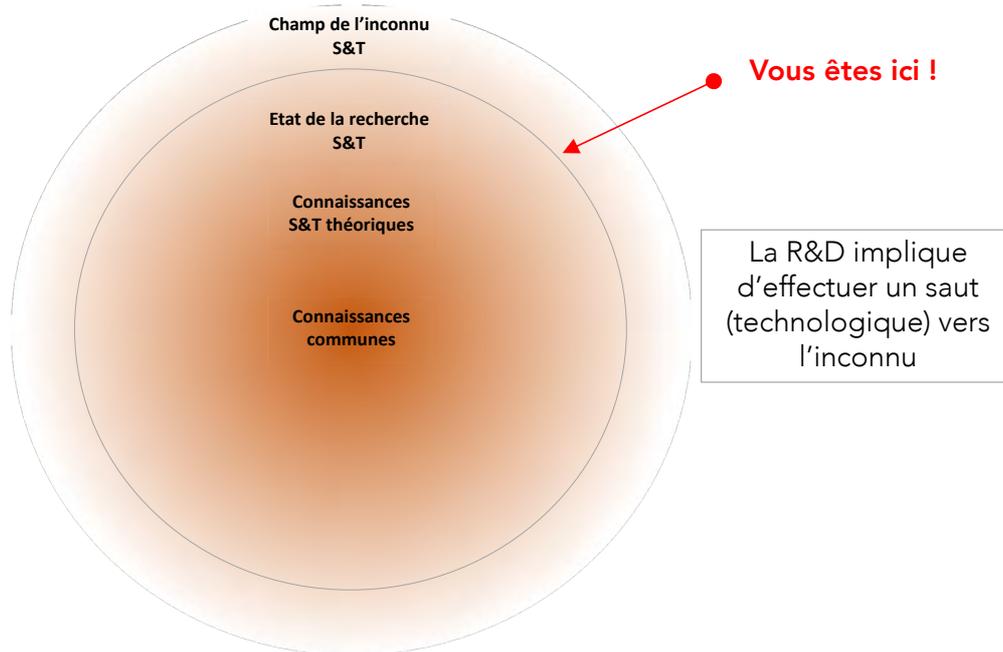
A ce propos, il semble essentiel de souligner que l'obtention d'un brevet n'implique pas que des travaux de R&D ont été nécessaires<sup>117</sup>. Néanmoins, les critères de détermination d'une invention brevetable (nouveau, inventivité et industrialisation potentielle) sont assez proches de ceux concernant la R&D, d'où il résulte que l'existence d'un brevet peut constituer un indicateur (non suffisant, mais pertinent) de la présence d'opérations de R&D<sup>118</sup>.

Logiquement, il en résulte que c'est sur la phase de R&D que les incertitudes et les risques sont les plus importants, dans le cadre d'un processus global d'innovation. Pour être même plus précis, l'intensité de l'imprévision doit être quasiment tangible. À tout moment et pour des raisons objectivement non identifiables, le projet peut entièrement échouer.

---

<sup>117</sup> CE, 13 novembre 2013, n°341432.

<sup>118</sup> Le travail de l'examineur du brevet consiste largement à déterminer et à analyser l'état de l'art pertinent pour apprécier la nouveauté, l'inventivité et le potentielle d'industrie de la solution décrite.



**Incertitude S&T = Etat des connaissances scientifiques et techniques + 1**

*Figure n°14 : Notion d'incertitude scientifique et technique*

## **b. Les frontières de la notion de R&D**

La notion de R&D doit être dissociée d'un large éventail d'activités connexes, qui disposent d'un fondement scientifique et technologique. Ces opérations, même si elles sont étroitement liées à la R&D, tant en amont (i) qu'en aval (ii), ne tendent pas à dissiper une incertitude scientifique et/ou à dépasser un verrou technologique. Elles ne peuvent donc pas bénéficier de la qualification d'activités de R&D.

### *(i). La R&D et les autres activités scientifiques et techniques*

En amont, les travaux de R&D doivent être distingués parmi l'ensemble des activités scientifiques et techniques (AST). Les activités scientifiques et techniques peuvent se définir comme toutes les opérations systématiques étroitement liées à la production, à la promotion, à la diffusion et à l'application des connaissances scientifiques et techniques dans tous les domaines de la science et de la technologie<sup>119</sup>. Par nature, c'est dans ce champ d'activité que les connaissances scientifiques et techniques sont produites, diffusées, rassemblées, modifiées, transformées, adaptées aux besoins et utilisées<sup>120</sup>.

Plus spécifiquement, la R&D doit être distinguée de deux catégories d'activités scientifiques et techniques connexes.

1. La R&D ne comprend pas les activités d'enseignement et de formation scientifique et technique. L'objet premier de ce type d'activité est de diffuser les connaissances, et non pas de les produire, il n'y a donc aucune incertitude scientifique et/ou technique à surmonter ;
2. La R&D se distingue des services de conseils scientifiques et techniques qui consistent principalement en la réalisation d'études d'opérations de faisabilité. Les marchés d'études permettent d'acquérir des prestations qui constituent des aides à la décision en matière de stratégies économiques et de politiques publiques. Dans le cadre des études, le prestataire utilise des méthodes et s'appuie sur des résultats scientifiques et techniques déjà éprouvés, ne produisant ainsi aucune connaissance nouvelle<sup>121</sup>. Il en résulte que les contrats de R&D ne peuvent et ne doivent pas être confondus avec les marchés d'études<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> UNESCO, Manuel pour les statistiques relatives aux activités scientifiques et techniques, Division des statistiques relatives aux sciences et à la technologie – Office des statistiques, Paris, juin 1984, ST-84/WS/12.

<sup>120</sup> ACKERMANN (W.), DULONG (R.), « Un nouveau domaine de recherche : la diffusion des connaissances scientifiques », *Revue française de sociologie*, 1971, 12-3, pp. 378-405.

<sup>121</sup> Voir sur ce point, les deux décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne, C-564/11 et C-352/12.

<sup>122</sup> CAA Bordeaux, 2<sup>ème</sup> chambre, 19 mars 2002, 98BX02208, inédit au recueil Lebon : « *Considérant que, par délibération en date du 22 décembre 1995, le conseil de la communauté urbaine de Bordeaux a autorisé son président à signer une convention confiant à l'A.U.R.B.A., association régie par la loi du 1er juillet 1901, l'étude et la réalisation d'un projet de schéma directeur des déplacements urbains communautaires, comportant notamment une proposition de tracés d'un système de transports en commun en site propre ; que si les prescriptions du code des marchés publics alors en vigueur ne s'appliquaient pas à un tel contrat, passé entre un établissement public de coopération intercommunale et un organisme sans but lucratif pour la réalisation par ce dernier d'une prestation d'études entrant dans la compétence du premier, et si, par suite, les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par ce code n'étaient pas applicables, un tel contrat doit être regardé comme un marché public de services au sens de la directive précitée ; [...]* que, par ailleurs, la communauté urbaine de

Ces marchés d'études constituent des prestations de services plus "classiques"<sup>123</sup>. Les opérations de faisabilité<sup>124</sup> (ou de définition<sup>125</sup>) permettent de poser les cadres d'un futur programme de R&D en générant les informations nécessaires à toute prise de décision. Cette activité consiste principalement à collecter, via une veille systématique, des données pertinentes afin de mettre en évidence, d'une part, la présence ou non d'incertitudes scientifiques et/ou techniques, d'autre part, les pistes permettant de dépasser ces potentielles difficultés<sup>126</sup>. En aucun cas une étude de faisabilité n'a pour objet de travailler directement à la dissipation de ces obstacles. Un programme de R&D peut cependant intégrer des opérations de faisabilité, dans le cadre d'un processus global<sup>127</sup>. Si tel est le cas, la faisabilité sera qualifiée de R&D par destination.

(ii). *La R&D, le développement industriel et le processus de commercialisation*

En aval, les travaux de R&D, spécifiquement ce qui concerne l'aspect développement expérimental, doivent être distingués d'un certain nombre d'activités industrielles et d'ingénieries connexes, notamment, la pré production (ou production à titre d'essai), l'outillage et l'ingénierie industrielle, la conception industrielle ou encore la fabrication de la solution innovante.

Ces activités ne peuvent pas être qualifiées de R&D, puisqu'elles n'ont en aucun cas pour objet le dépassement d'une incertitude scientifique et technique. L'outillage, l'ingénierie, la conception et la fabrication font tous partie intégrante du procédé de production de la solution

---

*Bordeaux ne peut utilement se prévaloir des dispositions de cette directive qui excluent expressément de son champ d'application les marchés de services de recherche et de développement dès lors que la convention en cause ne constitue pas un tel marché ; que, par suite, cette convention passée entre la communauté urbaine de Bordeaux, pouvoir adjudicateur, et l'A.U.R.B.A., prestataire de services, entre dans le champ d'application de la directive 92/50 du 18 juin 1992 » ;*

<sup>123</sup> DALMAS (D.), « Les conventions de recherche », *Contrats publics*, juillet 2004, revue n°35 : « Dans la pratique quotidienne des laboratoires publics, cette catégorie exclut expressément les contrats de prestations de service, qui se distinguent des contrats de prestations de recherche en ce qu'ils n'aboutissent pas à la création de connaissances scientifiques ou technologiques nouvelles mais se bornent à utiliser des connaissances déjà acquises. Ainsi, d'une prestation de service consistant en l'analyse d'un produit x par utilisation du procédé y : le travail n'aboutit pas à la découverte du procédé y mais à sa simple utilisation pour caractériser le produit x ; alors qu'un travail de recherche aboutirait à la découverte d'un procédé y'ou z. En outre, différence majeure entre ces deux types de relations contractuelles, l'obligation mise à la charge d'un prestataire de service est une obligation de résultat, sujétion totalement irréaliste en matière de travail de recherche pour lequel le laboratoire ne peut raisonnablement s'engager que sur une obligation de moyens ».

<sup>124</sup> Communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C 198, l'étude de faisabilité y est définie comme : « l'évaluation et l'analyse du potentiel d'un projet, qui visent à soutenir le processus décisionnel en révélant de façon objective et rationnelle les forces et les faiblesses du projet, ainsi que les perspectives et les menaces qu'il suppose, et qui précisent les ressources nécessaires pour le mener à bien et en évaluent, en définitive, les chances de succès ; »

<sup>125</sup> BRENET (F.), « La procédure de passation des marchés publics de définition condamnée par le droit communautaire », *Revue juridique de l'économie publique*, n°675, mai 2010, comm. 25, note sous CJUE, 10 déc. 2009, aff. C-299/08, *Commission européenne c/ République française*.

<sup>126</sup> DAJ, *Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs*, Fiches techniques : « Attention, les simples marchés d'études ne relèvent pas de l'exclusion du 3° de l'article 14 de l'ordonnance ».

<sup>127</sup> DOMERGUE (G.), *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, Préface de DRAGO (R.), LGDJ, coll. Bibliothèque de science administrative, Tome 13.

innovante. Ces opérations interviennent lorsque tous les obstacles scientifiques et techniques ont été levés et qu'une commercialisation peut être envisagée<sup>128</sup>.

En ce qui concerne le cas de la pré-production, l'analyse est plus délicate et il faut faire appel à la notion de « *démonstrateur technologique* » définie comme « *un dispositif visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif* »<sup>129</sup>. Un programme de R&D prend fin dès lors que le stade de ce démonstrateur technologique est atteint. Ce (ou ces) démonstrateur(s) doit(vent) encore avoir pour objet de lever des incertitudes scientifiques et/ou techniques. Dès lors que ces prototypes ne servent plus à obtenir des connaissances supplémentaires, mais tendent simplement à préparer la mise en industrie de la solution nouvellement identifiée, il n'y a plus lieu de les qualifier de « *démonstrateur technologique* », mais bien de modèles permettant la production à titre d'essai. Ces productions à titre d'essai permettent notamment au designer d'intervenir afin de travailler sur l'ergonomie de la solution, sans chercher à réaliser un effort scientifique ou technologique.

Les travaux de R&D (tout particulièrement en ce qui concerne les phases de développement expérimental) entretiennent une relation asymptotique avec le processus de commercialisation. Au travers de la réalisation de démonstrateurs technologiques, qui peuvent prendre la forme de prototype ou d'installation, les activités de R&D frôlent la frontière de la mise en industrie et de la future mise sur le marché, sans pour autant ne jamais franchir cette limite. En ce sens, l'article XIII, 1. f. de l'accord multilatéral sur les marchés publics de l'organisation mondiale du commerce (à laquelle la France, via l'Union européenne est partie) dispose :

*« A condition qu'elle n'utilise pas la présente disposition dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre partie, ou protège les fournisseurs nationaux, une entité contractante pourra recourir à l'appel d'offre limité (...) uniquement dans l'une des circonstances suivantes : (...)*

*f. dans les cas où une entité contractante acquerra un prototype ou une première marchandise ou un premier service mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un contrat de particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce contrat.*

*Le développement original d'une première marchandise ou d'un premier service peut englober une production ou une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que la marchandise ou le service se prête à une production ou à une fourniture limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que la marchandise ou le service se prête à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualités acceptables mais n'englobe pas la production ou la fourniture en quantités visant à établir la viabilité commerciale ou à amortir les frais de recherche et développement »<sup>130</sup>.*

---

<sup>128</sup> CJUE, Grande Chambre, 19 décembre 2012, c\_159/11, considérant 37 : « *ce contrat comporte un ensemble d'aspects matériels dont une partie importante, voire prépondérante, correspond à des activités généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes et qui, bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ne s'apparentent cependant pas à la recherche scientifique.* »

<sup>129</sup> Article 14, 3° de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>130</sup> Accord multilatéral sur les marchés publics – nous soulignons.

Ainsi, dès lors qu'il n'y a plus d'incertitudes sur un plan scientifique et/ou technique mais que les seuls risques pèsent sur la viabilité industrielle et la réussite commerciale de la solution innovante, il n'y a pas lieu de déclencher une qualification en R&D. C'est justement ce passage d'un aléa scientifique à un risque industriel et commercial qui marque la frontière entre ces deux univers.

En ce sens, dans un litige qui opposait la Norvège et les États-Unis, à propos d'un marché passé par la Direction nationale des routes de la Norvège portant sur l'établissement d'un réseau de péages périphériques prévu pour la ville de Trondheim, basé un système de perception électronique, le groupe spécial chargé de régler ce différend sur le fondement de l'accord multilatéral sur les marchés publics a rappelé que « *l'expression "contrat de recherche ou de développement original" devait être entendue comme visant un contrat ayant pour but l'acquisition par l'entité contractante des résultats d'activités de recherche et/ou de développement original, autrement dit de connaissances* »<sup>131</sup>.

Cela n'implique pas que les résultats de ces activités de R&D soient nécessairement achetés sous une forme abstraite, telle que des documents scientifiques. Ils peuvent se matérialiser dans des prototypes, qui permettent à l'entité contractante de s'informer et surtout de tester la viabilité des résultats des travaux menés de manière plus concrète.

A ce type, le groupe spécial précise que « *pour pouvoir être considérés comme des prototypes, des produits devraient nécessairement avoir pour but principal de faire des essais et l'amélioration des connaissances que l'entité se procurait dans le cadre du contrat de recherche et/ou développement* »<sup>132</sup>.

En l'espèce, puisqu'il ressortait que le but principal du contrat passé par la Direction nationale des routes norvégiennes avait été l'achat d'un matériel opérationnel pour la perception des péages en vue de la mise en service d'un système de péages périphériques, le comité spécial a estimé qu'il n'y avait, dans ces circonstances, pas lieu de le qualifier de « *contrat de recherche et développement original* »<sup>133</sup>

Par extension, le comité spécial a estimé que la Norvège n'avait pas satisfait aux conditions énoncées par les dispositions relatives aux prestations de R&D<sup>134</sup>. Dès lors, c'était à tort que la Direction nationale des routes norvégiennes avait conclu ce marché de gré à gré, sans organiser ni de publicité, ni de mise en concurrence, à l'échelle des États membres de l'OMC<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Norvège – Marché concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim, Rapport du Groupe spécial adopté par le Comité des marchés publics le 13 mai 1992 (GPR.DS2/R).

<sup>132</sup> *Idem*, 4.8 à 4.9.

<sup>133</sup> *Idem*, 4.9 à 4.11.

<sup>134</sup> Article XIII, 1. f. de l'accord multilatéral sur les marchés publics.

<sup>135</sup> *Op. cit.* 4.12.

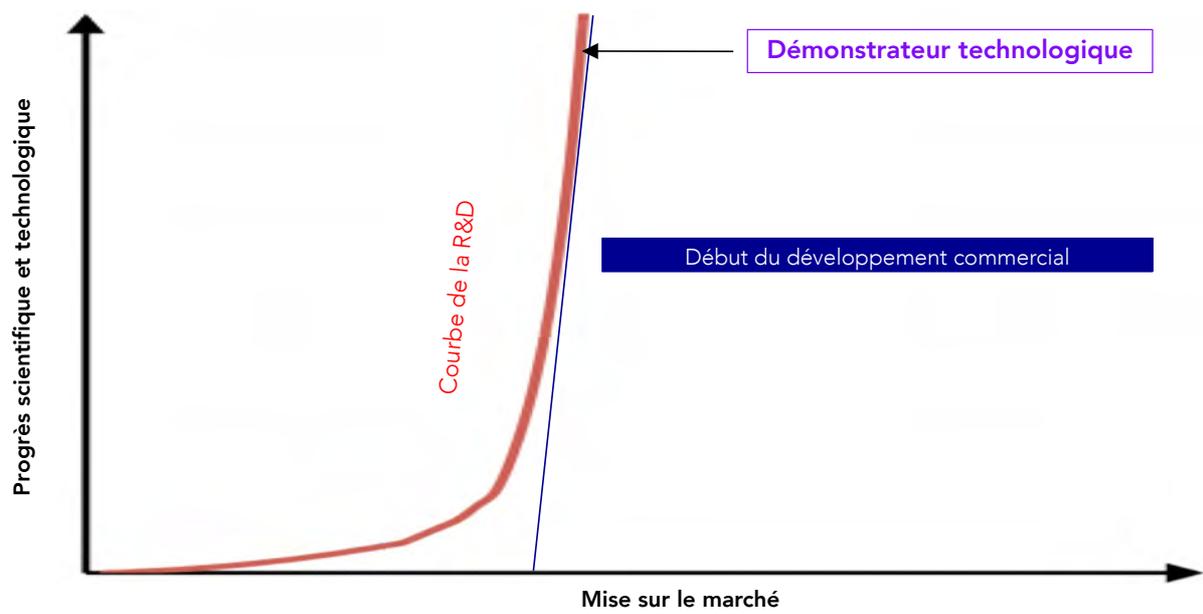
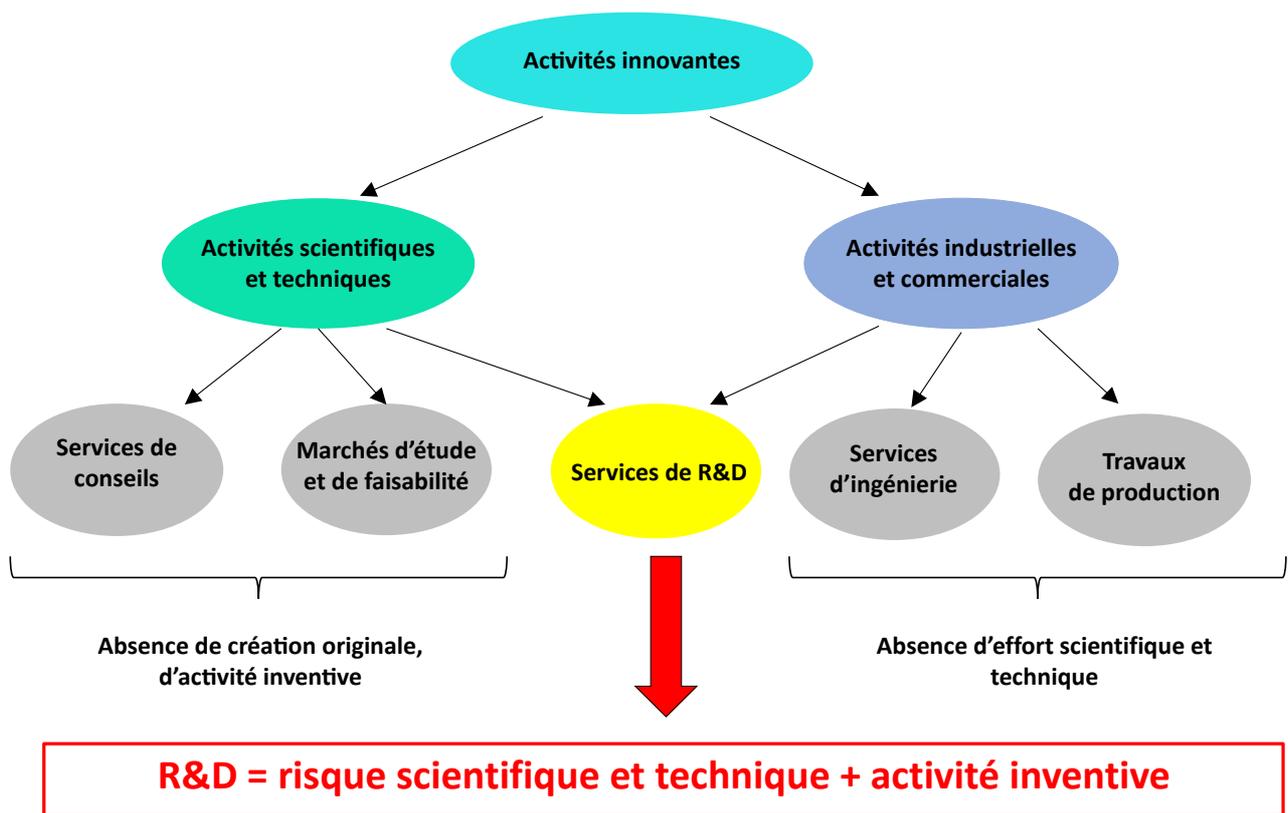


Figure n°15 : Rapport asymptotique de la R&D avec les phases de commercialisation



*Figure n°16 : La R&D, une prestation particulière*

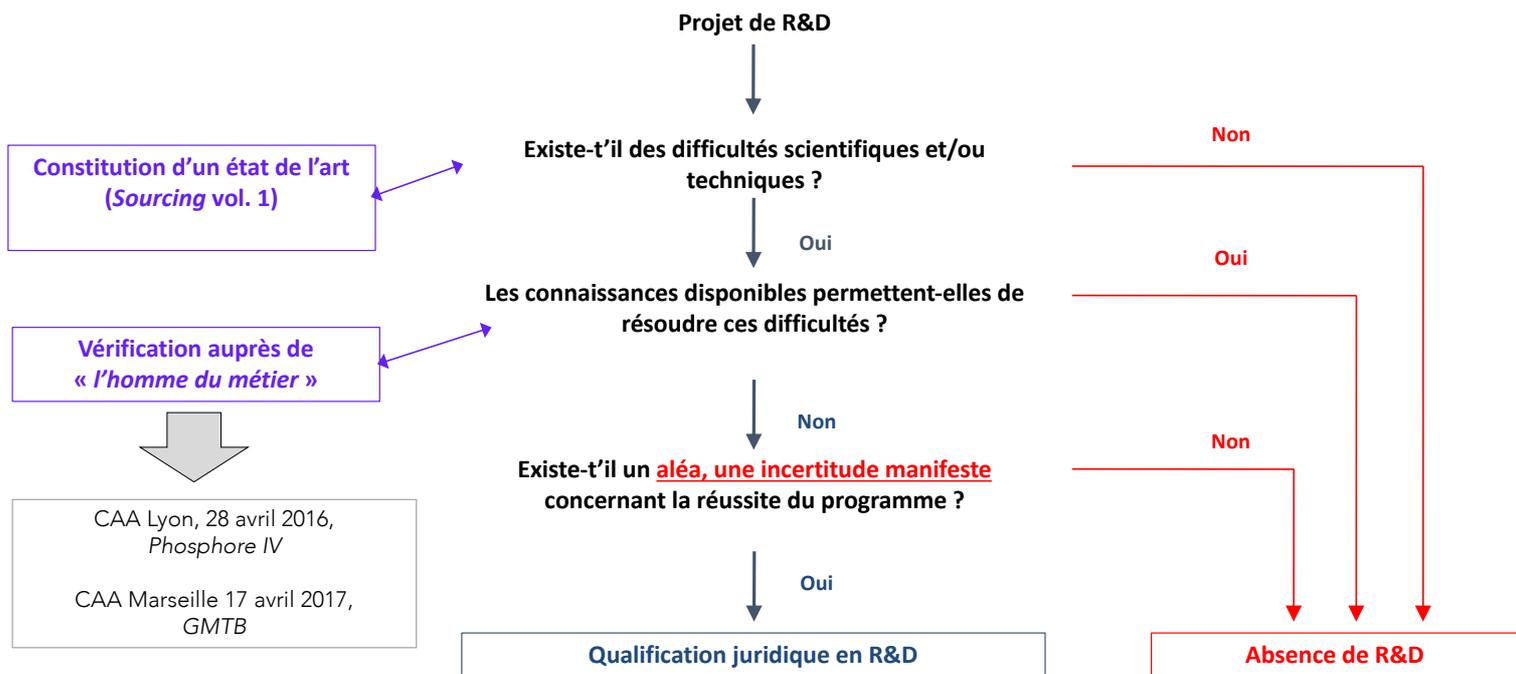


Figure n°17 : Matrice de qualification juridique de la R&D

### c. Sur les domaines scientifiques et techniques

La R&D tend à dépasser des incertitudes d'ordre scientifique et/ou technique. Mais, que faut-il intégrer dans la catégorie des activités « scientifiques et techniques ». Sur ce point, le droit de la commande publique apporte quelques précisions. Tout d'abord, dans l'Annexe I A de la directive communautaire 92/50/CE relative aux marchés publics de services, davantage de précisions étaient proposées. Dans le cadre de ce texte, il était précisé que les travaux de R&D « *couvrent les progrès scientifiques réalisés dans les différentes branches des sciences naturelles ou sociales par les trois types de recherche-développement, à savoir la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental* »<sup>136</sup>. Cette annexe I A classe ces services de recherche-développement en groupes, classes et sous-classes se fait en fonction du domaine scientifique auquel ils sont rattachés. Il existait alors deux grandes catégories :

1. Les sciences naturelles, qui intègrent les domaines de la physique, de la chimie, de la biologie, de l'ingénierie, de l'agronomie ou encore de la médecine ;
2. Les sciences humaines et sociales, qui intègrent la sociologie, la psychologie, l'économie, le droit ou encore la linguistique. Actuellement ce sont les notes explicatives sur la nomenclature CPV 2008<sup>137</sup> qui font foi. Cependant, ce document se montre moins précis<sup>138</sup>.

En tout état de cause, il semble pertinent d'adopter une interprétation des domaines relevant de la science et de la technique. Pour faciliter l'analyse, il est proposé de s'appuyer sur la classification retenue par les experts de l'OCDE dans le cadre du *Manuel de Frascati*<sup>139</sup>. Dans cette classification, le champ des domaines scientifiques et techniques apparaît particulièrement large. Il l'est en tout cas plus que celui retenu dans le cadre de la jurisprudence du juge fiscal en ce qui concerne cette question.

Dans la conception fiscale relative au crédit d'impôt en faveur de la recherche, seuls les programmes qui tendent à dissiper des incertitudes relatives aux phénomènes physiques et naturels sont éligibles, le lien avec l'industrialisation est particulièrement marqué<sup>140</sup>. Il en résulte que le champ matériel de ce crédit d'impôt est relativement restreint<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> Notes explicatives sur les services figurant à l'annexe I A de la directive 92/50, in *L'Actualité de la Commande et des contrats publics*, n°7, janvier 2002.

<sup>137</sup> Règlement (CE) n°213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE).

<sup>138</sup> Notes explicatives CPV 2008 ; voir également CHAVAROCLETTE (S.), « Les nomenclatures communautaires "marchés publics" : notion et rôle », *Contrats Publics*, n°7, janvier 2002, p. 6 à 8.

<sup>139</sup> Manuel de Frascati. Voir dans le même sens l'arrêt du 2 décembre 2011 fixant la liste des sections du Comité national de la recherche scientifique.

<sup>140</sup> Article 49 septies F du Code Général des Impôts, Annexe 3 : il y apparaît que droit fiscal, en ce qui concerne le crédit d'impôt recherche, les activités ciblées ont pour objet « *la résolution des problèmes techniques, concurrent à l'analyse des propriétés, des structures, des phénomènes physiques et naturels* ».

<sup>141</sup> CAA Paris, 27 novembre 2014, n°12PA05144, 13PA01264.

<b>Domaines de R&amp;D (Manuel de Frascati)</b>	
Catégories générales	Sous-catégories spécifiques
Sciences naturelles	Mathématiques Informatique et sciences de l'information Sciences physiques Sciences chimiques Sciences de la terre et de l'environnement Sciences biologiques Autres sciences naturelles.
Ingénierie et technologie	Génie civil ; Génie électrique, électronique, informatique Mécanique Génie chimique Génie des matériaux Génie médial Génie de l'environnement Biotechnologie environnementale Biotechnologie industrielle Nanotechnologie Autres sciences de l'ingénieur et technologies
Sciences médicales et sciences de la santé	Médecine fondamentale Médecine clinique Sciences de la santé Biotechnologie médicale Autre sciences médicales
Sciences agricoles et vétérinaires	Agriculture, sylviculture et pêches Sciences de l'animal et du lait Science vétérinaire Biotechnologie agricole Autres sciences agricoles
Sciences sociales	Psychologie et sciences cognitives Économie et commerce Éducation Sociologie Droit Science politique Géographie sociale et économique Médias et communications Autres sciences sociales
Sciences humaines et arts	Histoire et archéologie Langues et lettres Philosophie, éthique et religion Arts (arts plastiques, histoire de l'art, arts de la scène, musique) Autres sciences humaines

En ce qui concerne le droit de la commande publique, même si les matières qui peuvent faire l'objet de travaux de R&D ne sont pas définies avec précision, il est possible de considérer – par référence aux autres branches du droit communautaire – qu'une conception large de ce qui relève des domaines scientifiques et techniques peut être adoptée<sup>142</sup>.

#### **d. Synthèse**

Parmi les expérimentations mises en œuvre dans le contexte d'un processus d'innovation, les activités de R&D sont les plus incertaines et les plus risquées, puisqu'elles tendent à repousser, toujours plus loin, les frontières des connaissances scientifiques et techniques<sup>143</sup>. L'identification d'un programme de recherche et développement est intrinsèquement liée à cette notion d'incertitude scientifique et technique.

Dès lors que l'obstacle, issu d'une lacune dans les connaissances humaines, qui bloque l'avancement d'un projet global d'innovation est dépassé, il n'y a plus lieu de considérer que les expériences et les travaux menés par la suite relèvent encore du domaine de la recherche et développement. Les travaux de recherche et développement ne peuvent et ne doivent pas aboutir directement à la mise sur le marché d'un produit ou d'un procédé nouveau (il en va de même pour les pratiques nouvelles).

Au sens du droit de la commande publique, les travaux de recherche et développement s'arrêtent au stade du démonstrateur technologique. Cependant, pour passer d'un simple démonstrateur technologique à une solution innovante commercialisable et commercialisée, d'autres opérations sont nécessaires. C'est dans ce contexte qu'il est question d'étudier les expérimentations d'ordre industriel et commercial.

## **2. L'expérimentation industrielle et commerciale**

*Stricto sensu*, la notion d'expérimentation industrielle et commerciale n'est pas canon dans le corpus juridique que constitue le droit de la commande publique. De prime abord, cette discipline ne semble même pas prendre en considération cette phase pourtant essentiel à l'introduction sur le marché d'une solution technologique nouvelle ou substantiellement améliorée.

Cependant, à bien y regarder, l'idée qu'il existe effectivement, au sens du droit des contrats publics, une somme d'activités qui fait la jonction entre la fin de l'exploration scientifique et technique qu'est la R&D et la commercialisation d'une nouveauté, n'est pas totalement délaissée.

---

<sup>142</sup> Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009. Voir par ailleurs, le Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité. Voir également l'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (2014/C 198/01).

<sup>143</sup> La R&D implique d'ailleurs une sorte de « *mythe de la frontière* », en l'occurrence épistémique puisqu'il est question de repousser sans cesse les limites de la connaissance humaine, dans une logique de progression constante des savoirs.

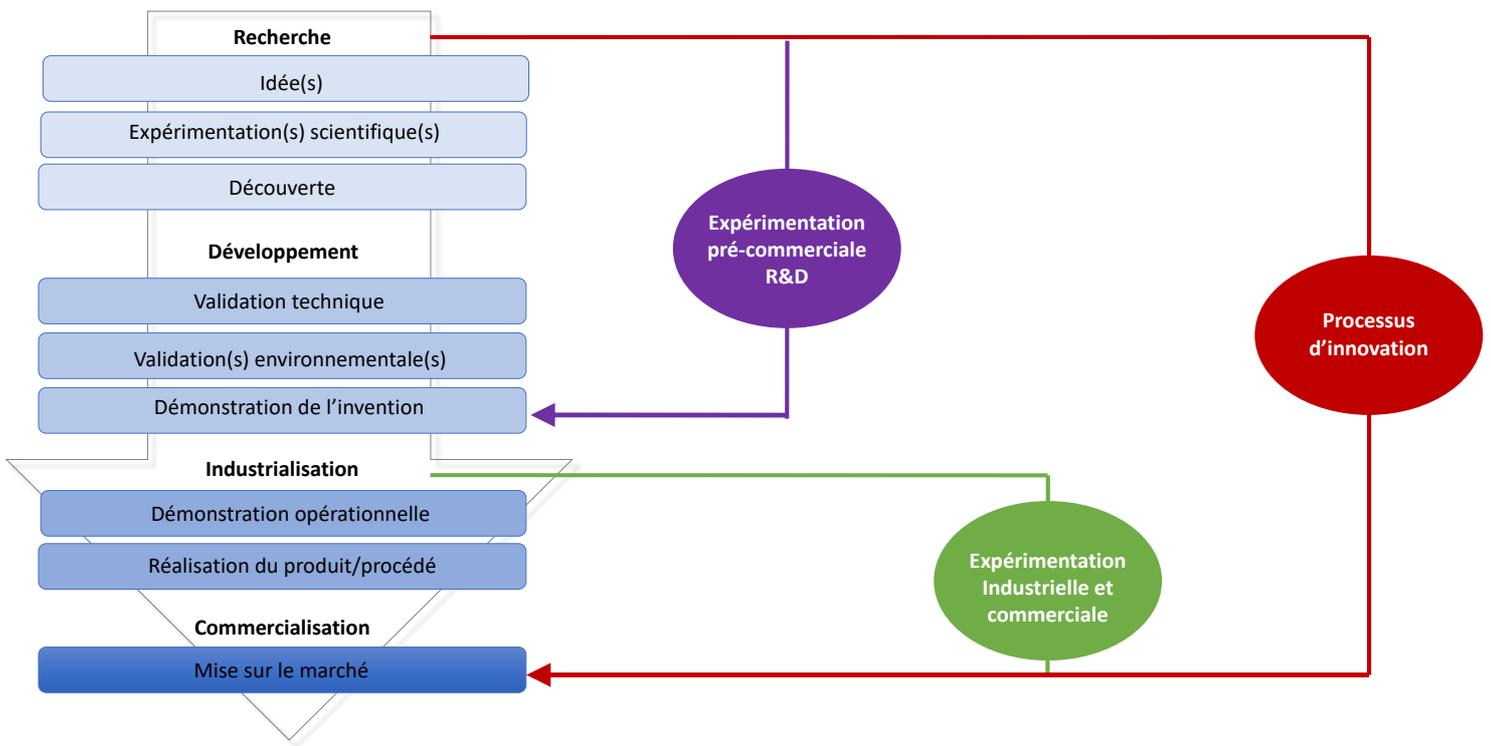


Figure n°18 : Complémentarité des types d'expérimentation

En matière de commande publique, si les travaux de R&D couvrent les stades 1 à 6 (inclus) de l'échelle évaluant le niveau de maturité technologique (Technology readiness level en anglais ou TRL)<sup>144</sup>. En revanche, les stades 7 à 9 de cette même échelle sont assurés par les activités relatives aux expérimentations industrielles et commerciales qui, pour autant, demeurent dans une phase pré-commerciale. Cette catégorie regroupe toutes les activités connexes, qui se situent en aval des travaux de R&D, et qui sont nécessaires à la réalisation d'une solution innovante. Il s'agit notamment des opérations, de pré-production, d'outillage, d'ingénierie industrielle, de conception industrielle, de design, d'essais et évaluation, de fabrication, de marketing, et de commercialisation<sup>145</sup>.

A titre d'exemple, la conception a pour objectif d'élaborer des procédures, des spécifications techniques et d'autres caractéristiques fonctionnelles ou d'utilisation pour de nouveaux produits. Il peut notamment s'agir des travaux de design effectués dans l'optique d'améliorer l'ergonomie de la future solution innovante. Ces travaux « *d'industrial design sont largement fixés sur la mise en œuvre de procédés de production et ne peuvent donc pas, en principe, relever des activités de R&D* »<sup>146</sup>.

Les activités de configuration et d'ingénierie correspondent aux changements apportés aux procédures, méthodes et normes de production et de contrôle de la qualité, ainsi qu'aux logiciels associés requis pour fabriquer le produit nouveau ou amélioré ou utiliser le procédé nouveau ou amélioré. La doctrine fiscale explique sur ce point que « *dans la majorité des cas, les phases d'ingénierie industrielle et d'outillage sont considérées comme faisant partie du procédé de production et non des activités de R&D. Ces phases peuvent s'inscrire dans le cadre d'un processus d'innovation sans être des activités de R&D* »<sup>147</sup>.

Les phases d'essai ou d'évaluation comprennent la mise à l'épreuve de la solution innovante envisagée<sup>148</sup>. Mêmes les phases de prototypage et d'installation pilote à partir d'une certaine variation, n'intègrent plus le champ de la R&D. C'est tout particulièrement le cas « *lorsque toutes les modifications nécessaires ont été apportées au(x) prototype(s) et que les essais visant à lever des incertitudes ont été menés à bien, la construction ultérieure de plusieurs exemplaires de ce(s) prototype(s) ne fait pas partie des activités de R&D, même si elle est effectuée par le personnel affecté aux activités de R&D. En effet, ces autres exemplaires du(des) prototype(s),*

---

<sup>144</sup> Les TRL forment une échelle d'évaluation du degré de maturité atteint par une technologie. Cette échelle a été imaginée par la Nasa en vue de gérer le risque technologique de ses programmes. Initialement constituée de sept niveaux, elle en comporte neuf depuis 1995. L'échelle des TRL a depuis été adoptée dans de nombreux domaines, dont celui notamment de la défense, dans le même but principal de gestion du risque technologique dans les programmes, moyennant quelques adaptations minimales (remplacement de la notion d'espace par la notion d'environnement opérationnel). Source : [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-et-enjeux/innovation/tc2015/technologies-cles-2015-annexes.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/innovation/tc2015/technologies-cles-2015-annexes.pdf)

<sup>145</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 : « *Certaines activités s'inscrivent dans le cadre d'un processus d'innovation sans pour autant relever des activités de R&D : l'acquisition de technologie et de savoir-faire non incorporés, l'acquisition de technologie incorporée, l'outillage et l'ingénierie industrielle, les études de conception industrielle (non classées ailleurs), l'acquisition d'autres équipements, le démarrage de la production et la commercialisation de produits technologiquement nouveaux ou améliorés (Manuel de Frascati, paragraphe n°22).* ».

<sup>146</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20.

<sup>147</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20.

<sup>148</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 : « *lorsqu'un prototype auquel on a apporté toutes les modifications nécessaires a donné lieu à des essais ayant dissipé toutes les incertitudes, la phase de lancement en fabrication commence et il n'y a plus d'activité de R&D. De même, les productions à titre d'essai qui concernent la mise en route et l'amélioration de la production, ainsi que les séries produites afin de qualifier le processus industriel, ne relèvent pas de la R&D* ».

*qui peuvent servir à la phase de lancement en fabrication du nouveau produit ou à un besoin d'ordre commercial par exemple, ne font pas partie des activités de R&D »<sup>149</sup>.*

Deux invariants relient toutes ces activités.

- D'une part, aucune d'entre-elle n'ont pour objet de dissiper une incertitude scientifique et technique puisque, dès lors qu'un projet d'innovation arrive à ces stades de maturité technologique, c'est soit que les difficultés ont été dépassées par l'établissement d'un programme de R&D, soit qu'aucun obstacle de cet ordre n'est apparu ;
- D'autre part, tous ces travaux, bien qu'ils ne donnent pas lieu à la gestion d'un aléa scientifique et technique, restent tout de même marqué par un risque d'échec important, notamment en ce qui concerne la réussite commerciale de la solution innovante.

Dans le contexte de cette catégorie d'expérimentation, la preuve est désormais faite que la technologie fonctionne, mais des doutes subsistent tout de même en ce qui concerne notamment, l'insertion de la solution innovante dans un environnement représentatif, la capacité de la solution à satisfaire les exigences opérationnelles liées au besoin qu'il s'agit de satisfaire via l'introduction de cette nouveauté et l'ergonomie de la solution. Tous ces doutes sont directement liés à l'exploitation commerciale des résultats issu d'un programme de R&D, ou des connaissances déjà existantes si la mise en place d'un tel processus n'était pas nécessaire. Les prototypes et autres installations pilotes sont construits pour fixer les caractéristiques relatives tout particulièrement à l'ergonomie, au design, à des fonctionnalités obtenues par l'utilisation de solutions techniques connues, qui servent aux phases de fabrication, puis de lancement (le plus souvent commercial) de la solution nouvellement identifiée.

En tout état de cause, ces activités doivent être considérées comme les étapes permettant la transformation d'un prototype en une solution commercialisée qui introduit un changement significatif sur le marché. La différence essentielle entre les expérimentations qui ont court lors des travaux de R&D et celles qui concernent le développement industriel et commercial tient dans le fait que les premières permettent de passer de l'idée à l'invention, là où les secondes permettent d'introduire l'invention sur le marché, pour en faire définitivement une innovation à part entière.

### **3. L'expérimentation sociale**

Au titre des expérimentations qui peuvent prendre forme dans le cadre d'un contrat public, les expériences sociales, de manière générale non technologique, tendent à prendre une place de plus en plus importante. Il n'en demeure pas moins qu'elles occupent une place hybride. Ces expérimentations sociales peuvent impliquer des travaux scientifiques. Mais en raison de leur caractère intrinsèquement non technologique, elles ne peuvent pas donner lieu à l'élaboration de démonstrateurs (prototypes et installations pilotes) issus d'une phase de développement expérimental. Il y aurait donc recherche, sans développement.

Par ailleurs, toujours en raison de leur aspect non technologique, les expérimentations sociales, lorsqu'elles n'impliquent aucune recherche scientifique, ne peuvent pas pour autant être assimilées aux expériences d'ordre industriel et commercial. Pourtant, la multiplication de ce type de pratique implique de s'y intéresser. Il faut donc penser leurs places de manière

---

<sup>149</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20.

indépendante, tout en assumant qu'au regard des règles fixées par le droit de la commande publique elles ne disposent pas, en l'état actuel, d'une autonomie à part entière.

## II. Modalités contractuelles

L'acheteur a désormais déterminé quel type d'expérimentation convenait pour envisager une satisfaction de son besoin. Il faut dès lors distinguer les situations où la mise en place d'un programme de R&D s'impose, afin de penser la manière de le contractualiser (A). Ensuite, des réflexions seront menées sur tous les contrats qui concernent des expérimentations qui ne relèvent pas des champs scientifiques et/ou techniques (B). *In fine*, une analyse sera spécifiquement consacrée au statut du partenariat d'innovation (C).

### A. Contractualisation de la R&D

Si l'acheteur constate d'une part, que la réponse à son besoin n'est pas disponible, d'autre part, que cette carence résulte d'une difficulté d'ordre scientifique et/ou technique, il y a effectivement lieu de conclure un contrat portant en tout ou partie, sur la réalisation de travaux de R&D<sup>150</sup>. A cet endroit, se pose alors la question des objectifs de ce programme. La R&D étant, parmi les activités d'innovation, celle qui est la plus périlleuse, la logique et la démarche de l'achat n'est pas toujours la solution la plus adéquate<sup>151</sup>.

En fonction de la situation, il sera plutôt intéressant de s'orienter vers un achat, donc d'un contrat de commande publique (1) ou vers le financement des travaux de R&D sans avoir pour objectif économique direct d'acheter une solution innovante, ce qui implique de consacrer contractuellement le versement d'une aide publique directe (2), ou encore vers la mise en place d'une convention hybride, permettant à la personne publique de prendre part à la réalisation d'un effort de R&D, sans pour autant se situer ni dans une logique d'acquisition, ni dans une logique d'assistance financière (3).

---

<sup>150</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 et communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C 198, il y est question de porter un "projet de R&D" défini comme « une opération qui inclut des activités couvrant une ou plusieurs catégories de recherche et de développement définies dans le présent encadrement et qui est destinée à remplir par elle-même une fonction indivisible à caractère économique, scientifique ou technique précis, assortie d'objectifs clairement identifiés. Un projet de R&D peut consister en plusieurs travaux, activités ou services et comporte des objectifs clairs, des activités à mener pour atteindre ces objectifs (y compris leurs coûts escomptés) et des éléments concrets à livrer pour définir les résultats de ces activités et les comparer avec les objectifs correspondants. Lorsque deux ou plusieurs projets de R&D ne peuvent être clairement distingués les uns des autres et, plus particulièrement, lorsqu'ils ne disposent pas chacun séparément de chances de succès technologique, ils sont considérés comme un projet unique ; »

<sup>151</sup> APOSTOL (R), « Pre-commercial procurement in support of innovation – Regulatory effectiveness ? », *Public Procurement Law Review*, 2012, 6, 213-225 : « R&D services were not brought by the European Union under the scope of application of the GPA. It was that the performance of R&D activities requires more flexibility than allowed by the rigid procedures imposed therein. Nevertheless, the European Union decided to partially open R&D services to international competition, by imposing the complete EU procurement regime on R&D services which are performed exclusively for the benefit of the contracting authority and wholly remunerated by it ».

## 1. Acheter des résultats scientifiques et techniques inédits :

### Les marchés publics de R&D

L'administration peut, au terme du programme de R&D qu'elle a lancé, tendre à acquérir les résultats de ces travaux. En l'occurrence, l'acheteur dispose de deux options :

- Soit, il considère que son intérêt se limite à l'acquisition des résultats bruts du programme de R&D, *id est*, le transfert de propriété du brevet d'invention qui – le plus souvent – protège le démonstrateur technologique obtenu à la fin de la phase de développement expérimental<sup>152</sup>. Dans ces circonstances, l'acheteur doit s'orienter vers les marchés publics de R&D ;
- Soit, le pouvoir adjudicateur souhaite, non pas uniquement faire exécuter un programme de R&D, mais concrètement acheter la solution innovante – c'est-à-dire définitivement fixée et opérationnelle - qui en découlera, lorsqu'une fois les travaux scientifiques et techniques terminés, une phase de développement industriel et commercial sera établie. Dans ces conditions, l'acheteur peut clairement envisager la passation d'un partenariat d'innovation (cette solution sera évaluée par ailleurs)<sup>153</sup>.

En l'occurrence, il est question d'analyser la situation des “marchés publics de R&D“ pour ce faire une définition succincte sera proposée (a) puis les différentes procédures de passation seront exposées (b).

#### (a). Définition

Les marchés publics de R&D, sont les contrats administratifs<sup>154</sup> portant – uniquement – sur la réalisation de prestation de R&D, que ce soit en matière de fournitures, de travaux ou de services, pour lesquels le pouvoir adjudicateur finance intégralement la programme et acquiert la propriété exclusive des résultats<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Le démonstrateur technologique (prototype ou installation pilote) constitue l'aboutissement le plus important auquel peut prétendre l'acheteur lorsqu'il passe un marché qui porte exclusivement sur la réalisation de la phase de R&D.

<sup>153</sup> Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation : en ce sens, la Commission européenne entend par « *développement exclusif* : l'achat public de services de recherche et de développement dont tous les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour leur usage dans l'exercice de leur propre activité, pour autant qu'ils rémunèrent entièrement ces services »

<sup>154</sup> Article 3 de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 : « *Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passée par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* ».

<sup>155</sup> Le droit de l'Union européenne emploie également l'expression de “marchés publics de recherche et développement exclusif“ qui sont définis comme « l'achat public de services de recherche et de développement dont tous les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour leur usage dans l'exercice de leur propre activité, pour autant qu'ils rémunèrent entièrement ces services ; »

## **(b). Procédures**

En l'occurrence, il faut distinguer si la réalisation du programme de R&D porte davantage sur l'obtention de connaissances nouvelles, reposant sur des prestations de services (i), sur l'acquisition d'un prototype, donc d'un projet de fournitures issus de la phase de développement expérimental (ii) ou la construction d'une installation pilote, dans le cadre de travaux expérimentaux (iii).

### *(i). Marchés publics de services de R&D : l'appel d'offre*

De manière basique, les marchés publics de R&D sont passés selon une procédure d'appel d'offre classique. Le plus souvent, l'acheteur tend à faire exécuter le programme afin d'obtenir des résultats scientifiques et/ou techniques qui, le plus souvent sont formalisés dans des rapports qui lui sont remis. Dans ces conditions, puisque l'objectif principal est d'obtenir des connaissances nouvelles, ce type de marché est, par défaut, qualifié de « *marchés publics de services de R&D* ».

Cependant, si l'objectif de l'acheteur est plus précis et qu'il tend dès le départ, dans sa stratégie soit à obtenir la propriété d'un produit, soit à faire exécuter des travaux, qui dans les deux cas seraient uniquement réalisés à des fins de recherches sans finalité commerciale immédiate, le recours à une procédure de mise ne concurrence n'est plus exigé, puisque d'autres procédures ont été spécifiquement prévues.

### *(ii). Marchés publics de fournitures de R&D : négociation sans publicité, ni mise en concurrence*

Dans cette situation, le pouvoir adjudicateur sait précisément que pour répondre à son besoin, la conception d'un prototype est nécessaire. L'acheteur peut s'appuyer sur les dispositions de l'article 30, II de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, afin de conclure ce marché de manière négociée, sans publicité, ni mise en concurrence<sup>156</sup>.

En l'occurrence, l'essentiel pour l'acheteur est de s'assurer que le programme objet de son contrat est clairement délimité, afin que le marché prenne fin une fois les incertitudes scientifiques et/ou techniques qui bloquaient l'avancement du projet ont été levées<sup>157</sup>.

En d'autres termes, l'acheteur peut bénéficier de cette forme très assouplie de mise en concurrence à la double condition que la réalisation de ce prototype offre la possibilité de dépasser un verrou technologique et qu'une fois ce dernier dépassé, le produit réalisé à des fins

---

<sup>156</sup> Article 30, II, ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement* ».

<sup>157</sup> TA Versailles, ord. du 8 juillet 1999, *Sté Fujitsu Systems Europe Ltd c/CNRS*, n° 994384, inédit : « *eu égard à l'interaction nécessaire entre l'utilisation du matériel litigieux [plate-forme de calcul intensif, à architecture vectorielle, d'une puissance nominale de 300 gigaflops, destinée à équiper un centre de ressources informatiques du CNRS] et la réflexion sur une éventuelle modification dudit matériel ou de ses conditions essentielles de fonctionnement, le marché de fournitures litigieux doit être regardé comme exécuté à titre de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point.* »

de recherche ne soit plus développé davantage. La fourniture qui en résulte ne doit pas pouvoir être utilisée en son état. Il s'agit donc d'un matériel purement expérimental<sup>158</sup>. Par extension, cela implique que cette possibilité procédurale ne concerne pas les fournitures destinées aux laboratoires et autres établissements publics de recherche ou d'expérimentation, même si ces équipements *seraient achetés pour l'exécution de la recherche* »<sup>159</sup>.

Si ces deux conditions sont réunies, l'acheteur peut alors négocier sans publicité, ni mise en concurrence, avec l'opérateur de son choix<sup>160</sup>.

(iii). *Les marchés publics de travaux réalisés à des fins de R&D : procédure concurrentielle négociée*

De prime abord, il n'est pas évident de mettre en évidence la procédure idoine pour ce type de contrat. Depuis la réforme européenne du 26 février 2014, introduisant la Directive 2014/24/UE<sup>161</sup>, la situation des marchés de travaux réalisés uniquement à des fins R&D n'est plus expressément précisée. Auparavant, la précédente directive 2004/18/CE<sup>162</sup> et sa transposition française dans le cadre du code des marchés publics de 2006<sup>163</sup> indiquaient, en substance, qu'après publicité et mise en concurrence préalable, le pouvoir adjudicateur pouvait négocier la passation de ce contrat de travaux uniquement conclu à des fins de R&D.

Désormais, eu égard à la configuration actuelle du droit communautaire et français de la commande publique, il semblerait qu'en ce qui concerne les marchés de travaux conclus à des fins de R&D, la procédure concurrentielle avec négociation constitue la modalité de mise en concurrence idoine.

D'une part, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable a été, littéralement, remplacée par la procédure concurrentielle avec négociation (sauf en ce qui concerne les entités adjudicatrices)<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Article 30, II, ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement* » (nous soulignons).

<sup>159</sup> LICHÈRE (F.), « Marchés de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement (art. 30-II) », *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, janvier 2017.

<sup>160</sup> ANTOINE (A.), « *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique* », *RFDA 2011*, p. 879 : « *L'absence de publicité peut (...) résulter de l'objet du marché qui porte sur un domaine d'intérêt public comme la recherche et l'innovation "sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement"* ».

<sup>161</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

<sup>162</sup> Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article 30 : « *1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants : (...) d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement* ».

<sup>163</sup> Code des marchés publics (2006), article 35 : « *1. Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : (...) 3° Les marchés et les accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate ;* ».

<sup>164</sup> Articles 25 et 26 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

D'autre part, sans reprendre les mêmes dispositions que celles qui étaient présentes dans les précédentes législations, d'où il résulte qu'il n'existe plus aucune règle qui concerne expressément les marchés de travaux conclus uniquement à des fins de recherche il est tout de même prévu, actuellement, que les acheteurs peuvent – notamment - utiliser la PCN « *lorsque le besoin consiste en une solution innovante* ».

Eu égard à ce que nous avons précisé *supra* il n'est pas improbable d'estimer que les marchés portant sur la réalisation de travaux, exclusivement exécuté à des fins de R&D, puissent être passé selon une PCN. *In fine*, nous conseillons aux acheteurs, lorsqu'ils souhaitent conclure un tel marché de travaux à des fins de R&D, d'utiliser la PCN en insistant sur le caractère innovant de la démarche objet du contrat.

En matière de R&D, l'achat des résultats scientifiques et/ou techniques obtenus n'est pas nécessairement la meilleure option à prendre. D'ailleurs, il s'agit d'une option rarement prise. L'achat n'a de sens que si l'obtention des résultats de R&D permet de manière effective de répondre au besoin de l'administration.

Or, la plupart du temps, ce n'est le cas que dans l'hypothèse où ladite administration dispose, en interne, des compétences nécessaires pour d'une part analyser les résultats et d'autre part, les exploiter ultérieurement. Lorsque ce n'est pas le cas, il n'est pas forcément juste, sur un plan stratégique, d'acquiescer l'exclusivité de la propriété des résultats, a fortiori puisque le prix est forcément plus élevé dans ces conditions.

En résumé, nous conseillons aux acheteurs de recourir aux marchés publics de R&D (en tant qu'instrument d'achat de résultats scientifiques et techniques) uniquement dans l'hypothèse où cela est vraiment utile.

## **2. Financer directement les efforts scientifiques et techniques :**

### **Les contrats de financement**

Dans certaines circonstances, l'administration peut estimer qu'il est préférable de contribuer à l'exécution de travaux de R&D sans avoir pour autant l'objectif économique direct d'acheter une solution innovante. Ces principalement le cas lorsqu'il apparaît que les programmes de R&D concernés ne tendent pas à répondre à un besoin concret de l'administration. Dans cette hypothèse, il n'y a plus lieu de parler d'achat. Le pouvoir public devient un "mécène", au service de l'intérêt général<sup>165</sup>.

En l'espèce, sont qualifiés « *d'aides* »<sup>166</sup>, toutes les « *contributions financières allouées, sans aucune contrepartie, par les pouvoirs publics en faveur d'un opérateur accomplissant ou non une mission d'intérêt général* »<sup>167</sup>. Il est ici uniquement question d'aide directe, *id est* de contribution spécifiquement adressée à un opérateur économique particulier<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> PactePme, *Guide de bonnes pratiques en innovation ouverte – Aider PME et grandes entreprises à mieux co-innover*, Mars 2016.

<sup>166</sup> Nous parlons, en l'occurrence, d'aide directe, c'est-à-dire des situations où la personne publique verse directement sa contribution financière. Il existe également des aides indirectes, qui sont particulièrement pratiqués en matière de R&D qui ne nous concerne pas directement et qui pour cette raison ne seront pas abordées ici.

<sup>167</sup> Cornu Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

<sup>168</sup> LEVET (J.-L.) et al., « Les aides publiques aux entreprises : une gouvernance, une stratégie », Octobre 2003.

La question des aides indirectes, qui sont notamment exécutées via des mesures fiscales telle que le Crédit d'impôt en faveur de la recherche, et qui vise non pas un opérateur spécifique, mais un domaine d'activité dans sa globalité (en l'occurrence la R&D), ne sera pas abordée<sup>169</sup>.

Ces aides publiques directes consistent en des formes de donation à charge<sup>170</sup>, puisque l'attribution de cette forme de contribution financière est conditionnée à la réalisation de certaines obligations par le bénéficiaire, qui pour autant, ne constituent pas des contreparties au versement d'un prix. Ainsi, la personne publique qui émet l'aide peut imposer à son bénéficiaire certaines charges qui participent directement à la satisfaction de l'intérêt général. Le caractère conditionnel de l'aide permet au pouvoir public de s'assurer que la contribution versée est utilisée à bon escient<sup>171</sup>.

Admettons l'hypothèse suivante, une personne publique assiste financièrement une entreprise afin que cette dernière termine un programme de R&D. En admettant que les fonds alloués ne soient pas utilisés pour exécuter ledit programme, le pouvoir public à l'origine de la contribution pourra légitimement en demander la récupération intégrale. Dans ce cas de figure, l'attribution de l'aide est conditionnée par la réalisation effective de travaux d'ordre scientifique et/ou technique. La présence de conditions ne doit pas être confondue avec la volonté d'une personne publique de répondre à son besoin<sup>172</sup>.

Pour reprendre l'exemple développer ci-dessus, il est évident que la personne publique qui émet l'aide ne cherche pas à satisfaire un besoin. Il s'agit davantage d'accompagner une activité qui participe (du moins sur un plan théorique) à la satisfaction de l'intérêt général (local, national, européen ou encore international)<sup>173</sup>.

En ce qui concerne spécifiquement le cas des aides en faveur de la recherche, du développement et de l'innovation, la frontière est souvent très fine entre l'achat d'une prestation et la contribution financière économiquement désintéressée<sup>174</sup>.

Un faisceau d'indices permet de dégager des invariants propres aux aides publiques en faveur de la R&D :

1. Le programme ne doit pas être exécuté à l'initiative directe de la personne publique (l'opérateur l'a pensé, défini et souvent même lancé avant lui) ;
2. Le programme ne peut pas être intégralement financé par la personne publique ;
3. Les résultats du programme sont intégralement la propriété de l'opérateur de R&D.

---

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> BLANCHON (C.), Recherche sur la subvention. Contribution à l'étude du don en droit public (thèse Aix-Marseille. 2017, dir. F. Linditch).

<sup>171</sup> EPRON (Q.), Les contrats de subvention, RDP, 2010, n°1, p. 63.

<sup>172</sup> ROUSSET (O.), « Les communes et la liberté de subventionner les personnes privées », *Les Petites Affiches*, 1996, n°42, P. 10.

<sup>173</sup> FROMONT (M.), CARTIER-BRESSON (A.), « Fasc. 265 : Aides économiques – Notion, Typologie », *Jurisqueur Administratif*, dernière mise à jour, 20 janvier 2015.

<sup>174</sup> Communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C. 198 du 27.6.2014.

Précisons que cette liste n'est pas exhaustive et que seul le dernier critère, relatif à la propriété des résultats de R&D, réellement déterminant pour qualifier une contribution financière d'aide publique en faveur de la R&D<sup>175</sup>.

Deux types d'aides directes peuvent être distingués, d'une part les subventions (a), de l'autres les avances remboursables (b). Par ailleurs, la question des appels à projets sera abordée (c).

### (a). Les subventions

La catégorie des subventions regroupe les aides de toute nature, attribuées de manière facultative par la puissance publique, motivée par un intérêt général, et qui ne peuvent pas constituer la rémunération de prestations individualisées (répondant ainsi aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent)<sup>176</sup>.

Une convention de subvention (autrement nommée « *convention d'objectifs* »<sup>177</sup>) est obligatoirement conclue dès lors que le montant de l'aide est supérieur à 23.000 euros<sup>178</sup>. Sur ce point, la définition suivante de la convention de subvention peut être retenue : « *Contrat, conclu par écrit, à titre gratuit, par lequel un ou plusieurs pouvoirs publics transfèrent, de manière unilatérale à un tiers, une aide de toute nature dans l'optique du financement d'une œuvre ou d'une activité d'intérêt général* »<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> CAA Nantes, 28 mars 2000, n°97NT00295 : « *Considérant que la région des Pays de la Loire a alloué une subvention de 500 000 F au Laboratoire de génie génétique, fermentaire et microbien de l'Université d'Angers pour sa participation à la réalisation d'un contrat de recherche et de développement avec la société Grimaud-Frères ; qu'il résulte de l'instruction que, d'une part, cette subvention n'a pas donné lieu à des prestations de services individualisées au profit de la collectivité versante et que, d'autre part, l'Université d'Angers n'a souscrit en contrepartie de cette subvention aucune obligation en ce qui concerne le prix de ses prestations à l'égard des tiers ; qu'ainsi, en l'absence de lien direct entre cette subvention et des avantages qui pourraient en résulter pour la région des Pays de la Loire, la somme correspondante ne peut pas être regardée comme ayant rémunéré une prestation de service effectuée à titre onéreux (...)* ».

<sup>176</sup> L'article 74 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire donne une définition légale de la subvention : « *les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* ».

<sup>177</sup> VIVIEN (A.-C.), « C... comme convention d'objectifs », *JA*, 2010, n°426, p. 50 : « *Si l'on veut définir ce qu'est une convention de subvention, un double critère de définition doit être retenu : d'une part, celui de l'initiative de l'activité et, d'autre part, celui de l'absence de prestations de services rendus par le bénéficiaire à la collectivité versante* » ; FREDOUT (D.), « La convention d'objectifs au service du projet associatif », *JA*, 2016, n°531, p.31 ; ECKERT (G.), « Convention de subventionnement et d'objectifs et délégation de service public », *Contrats et marchés publics*, 2013, n°6, p. 16, note sous CAA Lyon, 18 avr. 2013, n°12LY01547, *Cne Saint-Nectaire* ; ECKERT (G.), « Gestion d'un festival communal : convention d'objectifs et de moyens, délégation de service public ou marché public ? », *Contrats et marchés publics*, 2011, n°7, p. 15, note sous CE, 23 mai 2011, n°34520, *Cne Six-Fours-Les-Plages*.

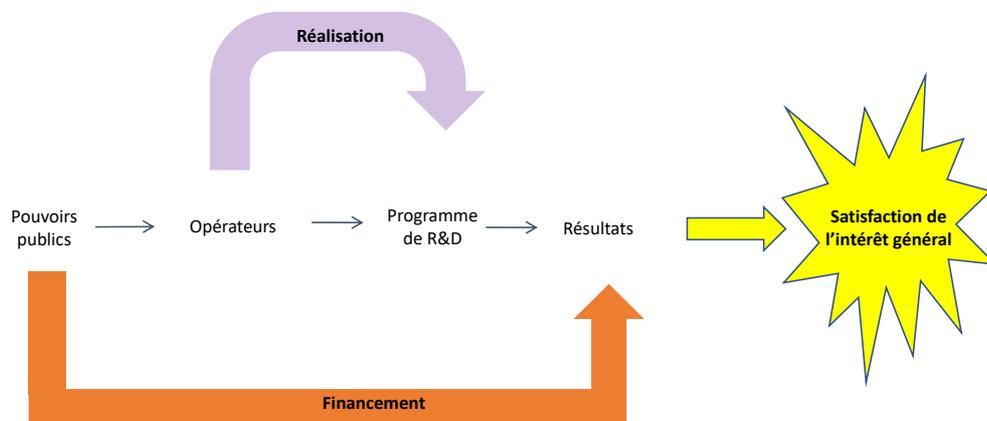
<sup>178</sup> Article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; Article 1<sup>er</sup> du Décret n°2001-495 du 6 juin 2001.

<sup>179</sup> LLORENS (F.), « Critères de distinction entre marchés publics et contrat de subvention », *Contrats et marchés publics*, n°8-9, 2010, p. 24.

## La convention de subvention en faveur d'un programme de R&D

### Définition :

Contrat, conclu par écrit, à titre gratuit, par lequel un ou plusieurs pouvoirs publics transfèrent, de manière unilatérale à un tiers, une aide de toute nature dans l'optique du financer un programme de R&D.



**NB:** forme de donation publique à charge → les pouvoirs publics transfère une aide à un tiers qui s'engage à l'employer pour réaliser un programme de R&D.

Figure n°19 : modélisation d'une convention de subventionnement

Il est possible de considérer que la R&D relève (en tout cas pour partie<sup>180</sup>) de l'intérêt généra<sup>181</sup>. La R&D tend à générer des connaissances scientifiques et techniques nouvelles, qui sont assimilables à des biens communs, puisqu'elles ne sont jamais totalement appropriables et qu'elles tendent *in fine*, à bénéficier à tous. Ce phénomène s'explique notamment via la génération d'externalités positives, les savoirs inédits intégrant progressivement la société pour potentiellement, à terme, changer cette dernière en profondeur<sup>182</sup>. En ce sens, le caractère d'intérêt général de la subvention sera aisément retenu. Juridiquement, la conclusion d'une "convention de subvention" n'a pas à être précédée d'une quelconque formalité (ni publicité, ni a fortiori de mise en concurrence)<sup>183</sup>. Les conventions de subventionnement en faveur des efforts de R&D, contribuent au progrès de la société dans son ensemble<sup>184</sup>.

### **(b). Les avances remboursables**

La catégorie des avances remboursables regroupe les contributions financières accordées par un ou plusieurs pouvoirs publics dans l'optique de financer (en tout ou partie) un programme de R&D qui, s'il aboutit à la commercialisation d'une innovation, devra être intégralement remboursé par l'opérateur bénéficiaire. A défaut, si les résultats obtenus au terme de la conduite du programme de R&D visé par l'aide ne permettent pas d'aboutir à la commercialisation d'une solution innovante, le bénéficiaire n'aura pas à rembourser le ou les pouvoir(s) public(s) à l'origine de l'avance<sup>185</sup>.

Les avances remboursables constituent des instruments importants dans le cadre des politiques publiques françaises en faveur de l'innovation. Ces apports en trésorerie permettent aux opérateurs économiques de réaliser un projet de R&D, tout en réduisant les risques induits par ce dernier, dans la mesure où l'avance n'est remboursée que dans l'hypothèse d'un succès (le plus souvent commercial)<sup>186</sup>. L'avance remboursable constitue un prêt à taux zéro très avantageux pour l'opérateur de R&D qui lui permet d'obtenir les fonds financiers nécessaires à la réalisation du programme qu'il entreprend<sup>187</sup>.

---

<sup>180</sup> ROCHFELD (J.), CORNU (M.), ORSI (F.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017 ; voir également STIGLITZ (J.), « Knowledge as a global public good », in *Global public goods*, UNDP, Oxford University Press, 1999, p. 308.

<sup>181</sup> McLURE (J.), THOMAS (D.), *When R&D is not a public good, why subsidize it ?* OCDE, 23 fev. 2017.

<sup>182</sup> WOLFF (E.), NADIRI (I.), « Spillover effects, linkage structure, and research and development », *Structural change and economic dynamics*, vol. 4, n°2, 1993, p. 315.

<sup>183</sup> DEVILLERS (P.), « Contrat de subvention – Respect des règles de passation des marchés publics et octroi de subvention », *Contrats et Marchés publics*, n°10, 2010, p. 42, note sous CE, 5 juill. 2010, n°308615, *Cci Indre*.

<sup>184</sup> DALMAS (D.), « Les conventions de recherche », *Contrats publics*, juillet 2004, revue n°35 : « *Il faut garder présent à l'esprit les missions statutaires des chercheurs et des organismes publics de recherche : accroître et diffuser les connaissances pour contribuer au progrès de la société* ».

<sup>185</sup> DELIGNIERES (S.), « L'introuvable notion d'aide directe – L'intervention économique des collectivités locales », in *Le financement du développement local*, Université de Picardie, p. 93.

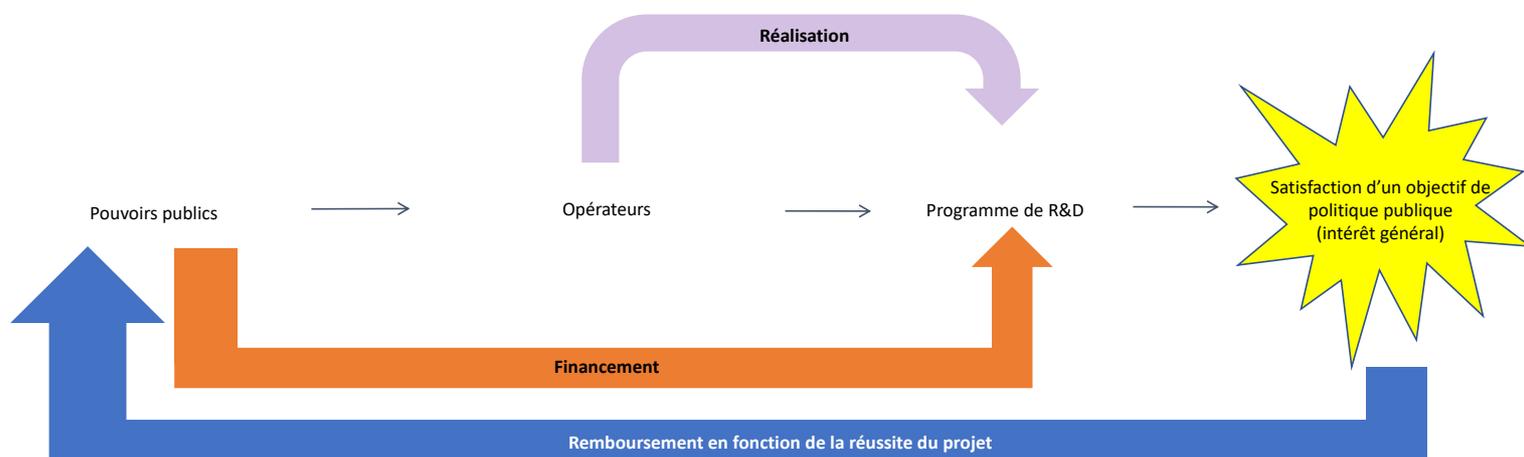
<sup>186</sup> <https://www.lescahiersdelinnovation.com/definitions/>

<sup>187</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 et communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C 198, l'avance remboursable – ou récupérable en l'occurrence – y est définie comme : « un prêt en faveur d'un projet versé en une ou plusieurs tranches et dont les conditions de remboursement dépendent de l'issue du projet ».

## Le contrat portant avance remboursable en faveur d'un programme de R&D

### Définition :

Contrat, conclu par écrit, à titre gratuit, par lequel un ou plusieurs pouvoirs publics transfèrent, de manière unilatérale à un tiers, une aide financière dans l'optique de financer une opération de recherche & développement, qui, s'il aboutit à un résultat commercialisé sera remboursée par l'entreprise.



**NB:** Il s'agit d'une forme de prêt à taux 0 % → les pouvoirs publics prête une somme d'argent à un tiers qui s'engage à pour réaliser une mission d'intérêt général.

Figure n°20 : modélisation d'une convention portant avance remboursable

L'avance remboursable, en raison de sa structure, est le plus souvent formalisée dans le cadre d'une convention, conclue à titre gratuit puisque là encore le versement de l'aide ne constitue pas la contrepartie d'une prestation. A l'instar de la convention de subvention, l'attribution d'une avance remboursable n'a pas à être précédé par une publicité ou une mise en concurrence.

### **(c). Le recours aux appels à projet**

L'appel à projet constitue le principal instrument permettant aux pouvoirs publics de contracter une aide publique, en toute transparence<sup>188</sup>. Il peut être défini comme « *le dispositif en vertu duquel une personne publique définit un certain nombre d'objectifs et invite des tiers à présenter des projets y répondant en leur laissant l'initiative de leur contenu et de leur mise en œuvre* »<sup>189</sup>

Si l'établissement d'un appel à projet (tout comme l'appel à manifestation d'intérêt) n'est pas obligatoire, le recours à ce type de procédure *ad hoc* permet surtout une meilleure utilisation des deniers publics tout en stimulant les initiatives privées.

Ce dispositif permet aux pouvoirs publics de comparer les projets et de retenir ceux qui s'inscrivent le mieux dans le cadre des politiques publiques. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation des appels à projet n'est pas sans risque. L'autorité contractante doit toujours rester dans le cadre précis de la notion d'aide publique, afin d'éviter de voir son contrat ultérieurement requalifié en commande publique. Il en résulte que l'administration doit constamment se positionner dans un contexte où l'objet de la consultation n'est pas la satisfaction de son besoin propre.

---

<sup>188</sup> SESTIER (J.-F.), « L'appel à projets : déclin de la subvention et regain de la commande publique ? », *RFDA* 2014, p. 411.

<sup>189</sup> KOEBEL (B.), « Appel à projets : gare à la requalification ! », *JCP-A*, n°34, 27 août 2012, p. 1.

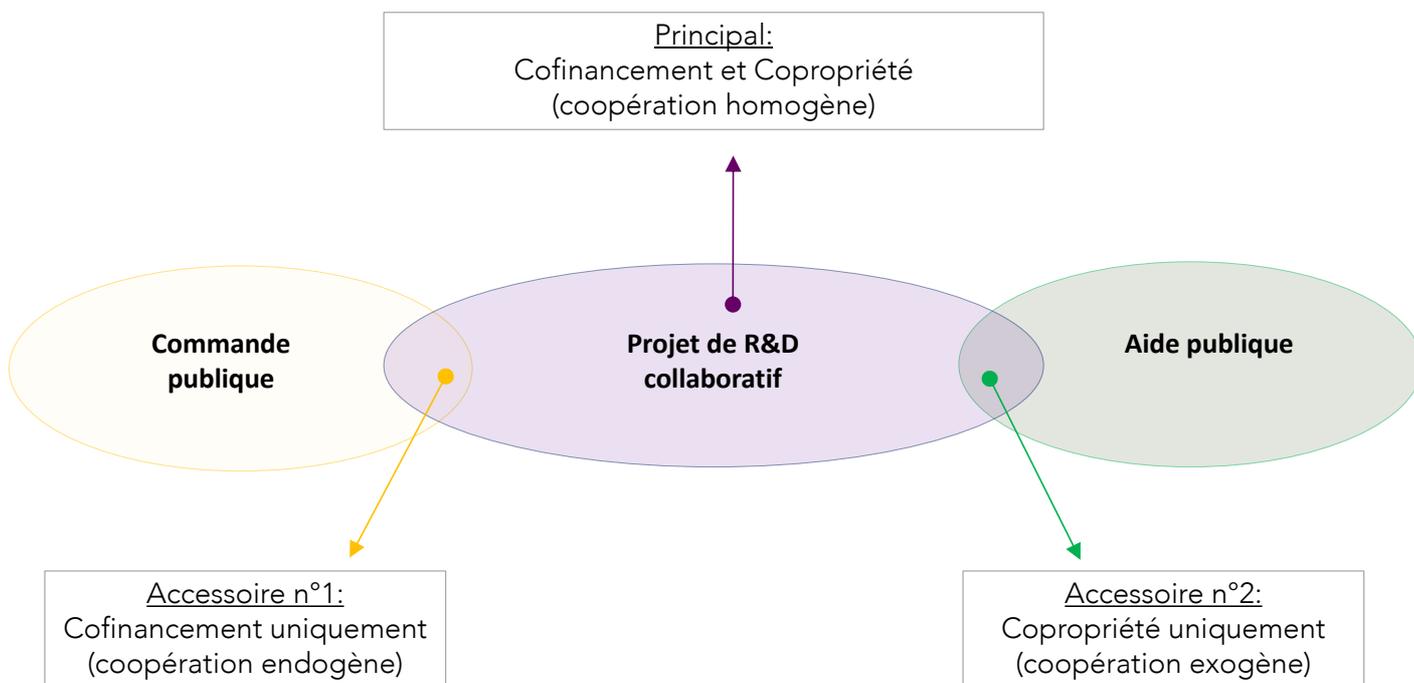


Figure n°21 : Positionnement des projets collaboratifs

### 3. Participer à la réalisation d'un effort de R&D :

#### Les contrats de R&D coparticipatifs

Entre l'achat de résultats scientifiques et/ou techniques nouveaux et l'aide en faveur de la R&D, il existe une troisième voie médiane. Suivant les circonstances, les pouvoirs publics peuvent considérer qu'ils n'ont pas forcément un besoin d'acheter intégralement les résultats, et qu'ils ne souhaitent pas non plus s'inscrire dans la logique de « gratuité » propre à l'aide publique<sup>190</sup>.

C'est notamment le cas, lorsque le projet scientifique et/ou technique apparaît particulièrement risqué. Le pouvoir public concerné peut alors envisager un cofinancement de cette activité afin de promouvoir une industrie<sup>191</sup>. En outre, l'administration peut ne pas avoir besoin de disposer de la propriété exclusive des résultats et préfère se positionner dans une situation de copropriété. *In fine*, l'administration vise à promouvoir la diffusion de connaissances nouvelles. Dès lors, il s'agit pour la puissance publique de prendre part à la réalisation d'un programme de R&D, en partageant ensuite les risques et/ou les bénéfices qui en résultent<sup>192</sup>. Peu en importe la raison, l'essentiel tient dans le fait qu'au terme de cette analyse, l'acheteur constate que la situation à laquelle il est confronté le conduit à redéfinir son rôle. Il devient un investisseur, qui cherche à participer conjointement à un programme scientifique et/ou technique dans le cadre de l'établissement d'un contrat collaboratif<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> FLAMME (P.), FLAMME (M.-A.), « Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation », Revue du Marchés Commun et de l'Union européenne, 1993, p. 150, note sous Directive 92/50/CEE du 18 juillet 1992, selon les auteurs : « la notion de « marché » supposant une contre-partie, il faut que le Pouvoir adjudicateur ait un objectif autre que le simple accomplissement du travail de recherche prévu et qu'il bénéficie donc des résultats des travaux de R.D. ou ait une influence sur la façon dont ils sont utilisés ou sur la désignation de l'organisme autorisé à les utiliser. Il n'y a pas de « contrepartie » suffisante si l'organisation de recherche est autorisée à s'approprier les droits de propriété intellectuelle et à décider librement de leur utilisation ». Ils ajoutent, par ailleurs, que : « on sait combien peuvent être différents aussi bien ses objectifs que les types d'instruments utilisés au niveau national et communautaire pour promouvoir le progrès technologique. La présente directive ne couvre que les marchés publics et ne vise par conséquent qu'un seul des instruments utilisés pour financer la recherche et le développement. Toutefois, bon nombre de ces marchés ne revêtent pas le caractère synallagmatique inhérent à la notion de marché public. Tel est le cas notamment lorsque les résultats de recherches appartiennent en premier lieu aux organisations de recherche (entreprise, instituts de recherche ou universités) et non pas à l'autorité adjudicatrice. En outre les activités de recherche et développement ne peuvent être considérées comme des transactions de services que dans le cas où le marché en question vise spécifiquement à fournir des résultats précis à des acquéreurs bien déterminés. Par contre, le financement de la recherche dans l'intérêt général, au profit de la société dans son ensemble ou d'une partie considérable de celle-ci, peut ne pas être considéré comme un marché de services ».

<sup>191</sup> Instruction du 26 décembre 1978, pour l'application du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, JO – NC, 9 janvier 1978 : « Dans certains cas, la personne publique participe à la promotion d'une industrie ou d'une technique ; le montant du contrat ne couvre alors souvent qu'une partie du coût de l'étude. Ces contrats, qui ne sont pas des marchés au sens strict du code des marchés publics (...) leur caractère spécifique conduira à prévoir des stipulations particulières, notamment en ce qui concerne l'utilisation des résultats ».

<sup>192</sup> RICHER (L.), BRECHON-MOULENES (C.), « Commentaires de différents décrets relatifs aux marchés de services », AJDA, 1998, p. 602 : « L'exclusion des services de recherche et de développement procède des impératifs de la politique de la recherche. Mais à son occasion, fait une timide apparition un critère juridique du marché public consistant en l'existence d'une contrepartie pour la personne publique, puisque les contrats de recherche et de développement sont qualifiés de marchés publics lorsque les résultats appartiennent exclusivement à la personne publique pour son usage ».

<sup>193</sup> Question écrite avec réponse n°13034, 3 mars 2003 : « Le 6° de l'article 3 du code des marchés publics vise à exclure expressément du champ d'application de ce code les contrats ou conventions ayant pour objet des programmes de recherche ou de développement de résultats de recherches, auxquels une personne publique

En d'autres termes, il s'agit de contrat, conclu à titre onéreux, ayant pour objet l'exécution d'un programme de R&D, que le pouvoir public ne finance pas intégralement, ou dont il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats. Le pouvoir adjudicateur doit penser dans une logique d'investissement, puisqu'il tente de voir plus loin, d'anticiper sur le long terme, au-delà d'une réponse à un besoin manifeste, les conséquences de la dépense qu'il entend réaliser. Ce type de contrat implique la mise en place d'une coopération effective entre les parties au contrat qui ont clairement un intérêt commun dans la réussite des travaux scientifiques et/ou techniques conduits<sup>194</sup>..

*Stricto sensu*, ces contrats, qualifiés en l'espèce de "coparticipatif" (afin de mettre l'accent sur cette idée que l'administration prend part, avec son partenaire, à la réalisation d'un effort scientifique et technique commun) ne sont pas clairement délimités juridiquement. C'est pourquoi, un travail sur la notion (a), les modalités d'existence de ces contrats (b) et les politiques publiques qui peuvent être menées sur leur fondement (c) semble nécessaire. Une précision sur le régime juridique, relativement à la passation de ce type de contrat sera apportée par ailleurs (d).

### **(a). Notion**

Les contrats de R&D coparticipatifs existent sur le fondement de l'article 14-3° de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015<sup>195</sup>.

Il s'agit de tous les contrats pour lesquels la personne publique soit, dans une première mesure, ne finance pas intégralement le programme de R&D, soit, dans une deuxième mesure, ne devient pas exclusivement propriétaire des résultats issus du programme de R&D, soit, troisièmement, ne finance pas intégralement le programme de R&D et ne devient pas exclusivement propriétaire des résultats issus dudit programme<sup>196</sup>.

---

*participe en versant une contribution, laquelle pourrait apparaître comme la contrepartie de l'acquisition d'une quote-part des résultats de ce programme. De telles opérations constituent, au regard du droit, non pas une opération d'achat public mais une modalité de coopération ou de collaboration scientifique ou technologique entre la personne publique et les autres participants au programme ».*

<sup>194</sup> Roland Drago, "L'application des règles du droit civil dans les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention", in *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Lavoisier, 2006, p. 81 et s. ; voir également, Bertand Warufsel, « L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle », in *Le droit public de la propriété intellectuelle*, p. 1 et s. : « *Au moins dans son principe, la justification de cette disposition apparaît clairement : alors que les exigences de souplesse et d'intuitu personae en matière de recherche scientifique et technique conduisent à exonérer ces contrats d'un processus formaliste de passation, il n'en va plus de même lorsque l'exécution de ces mêmes contrats va conduire à ce que le titulaire transfère à l'administration un actif intellectuel (les résultats) en contrepartie du financement public. Dans cette dernière situation, on se retrouve en réalité dans le cas d'un achat de prestations intellectuelles et il est légitime alors d'y appliquer toutes les règles régissant ces marchés de service. A l'inverse, l'exclusion de l'application du Code des marchés ces types d'accord de recherche serait susceptible de créer une concurrence indirecte et inéquitable entre de véritables marchés de prestations intellectuelles (qui peuvent eux-mêmes comporter des clauses de cession de droits – cf. infra) et ces accords de recherche informels qui produiraient pourtant le même effet juridique et économique ».*

<sup>195</sup> « *Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) 3° Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ».*

<sup>196</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94, considérant 35 : « *Le cofinancement de programmes de*

Ces contrats organisent, entre les parties, des formes de coopération qui s'inscrivent en dehors du schéma classique, d'une stricte permutation (*id est*, l'échange d'une valeur contre une autre) qui constitue le fondement des marchés publics (où l'objectif principal reste d'acheter pour répondre à ses besoins, donc d'échanger un prix contre une prestation)<sup>197</sup>.

Une communauté d'intérêt émerge entre les parties ce qui impacte la forme même de ces contrats. L'objet impact la structure. Ces deux éléments expliquent qu'ils ne peuvent pas être qualifiés de « *marchés publics* », ni de manière générale de « *commande publique* »<sup>198</sup>. Soit le partenaire accepte, gratuitement, de participer au financement d'un programme de R&D sans obtenir un retour direct en contrepartie. Soit la convention n'a pas uniquement pour objet de transférer un actif intellectuel (en l'occurrence des connaissances scientifiques et/ou techniques nouvelles) à la personne publique, étant donné que son partenaire bénéficie tout autant qu'elle des résultats obtenus sur la base du programme de R&D réalisé<sup>199</sup>.

Ainsi, les contrats de R&D coparticipatifs, se distinguent des marchés publics de R&D puisqu'ils ne sont pas caractérisés par une prestation scientifique et technique réalisée unilatéralement par le prestataire. Au contraire, ces contrats contiennent les dispositions indispensables à la réalisation en commun d'un effort de R&D, ce qui implique, la plupart du temps, du partage des ressources financières, humaines, techniques et logistiques<sup>200</sup>.

En outre, la comptabilisation des ressources apportées par chaque partie, permet de mesurer leurs apports et de prévoir la répartition des bénéfices entre les partenaires. Ces derniers peuvent également opter pour une répartition indifférenciée des bénéfices, dans le sens où peu importe

---

*recherche et développement (R&D) provenant de sources industrielles devrait être encouragé. Par conséquent, il y a lieu de préciser que la présente directive ne s'applique qu'en l'absence d'un tel cofinancement et lorsque les résultats des activités de R&D reviennent au pouvoir adjudicateur concerné. Cela ne devrait pas exclure la possibilité pour le prestataire de service ayant réalisé ces activités d'en publier un compte rendu, tant que le pouvoir adjudicateur conserve le droit exclusif d'utiliser les résultats de la R&D dans l'exercice de ses propres activités. Toutefois, un partage fictif des résultats de la R&D ou une participation purement symbolique à la rémunération du prestataire de service ne devrait pas empêcher l'application de la présente directive ».*

<sup>197</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 et communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JO C 198, où il est question de « collaboration effective » définit comme : « une collaboration entre au moins deux parties indépendantes l'une de l'autre et visant à échanger des connaissances ou des technologies, ou à atteindre un objectif commun, fondée sur une division du travail impliquant que les parties définissent conjointement la portée du projet collaboratif, contribuent à sa réalisation, et en partagent les risques et les résultats. Une ou plusieurs parties peuvent supporter l'intégralité des coûts du projet et donc soustraire d'autres parties à tout risque financier. Les contrats de recherche et la fourniture de services de recherche ne sont pas considérés comme des formes de collaboration ; »

<sup>198</sup> LINDITCH (F.), « Le nouveau code français des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif », *Revue internationale de droit économique*, 2001/3, p. 142 : « On tient ici la consécration par excellence du partenariat public-privé, l'administration charge son cocontractant d'une prestation innovante (conception d'un nouveau procédé technique, mise au point d'un nouveau médicament, par exemple) qui lui est nécessaire ou qui profitera au public. Mais en même temps le rôle de la personne publique doit rester limité : elle doit se borner à encourager l'activité de recherche ou de développement par un financement partiel et n'acquiescer qu'une partie de la propriété de la découverte. En définitive la dispense ne vaut que si le cocontractant de l'administration partage avec elle les charges, les profits et les risques de l'opération de recherche et de développement ».

<sup>199</sup> POURCEL (E.), « Fasc. 17 : Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, dernière mise à jour le 3 juin 2016 : « (...) ce dispositif, qui vise directement les droits de propriété intellectuelle via l'expression de "propriété exclusive des résultats", constitue une brèche importante dans le droit de la commande publique. ».

<sup>200</sup> DALMAS (D.), VALCKE (S.), « Les services d'activités industrielles et commerciales des établissements d'enseignement supérieur – L'innovation juridique pour l'innovation scientifique ? », *DA*, n°1, 2003, chron. 2.

leur participation, les parties peuvent tous jouir, de la même manière, de l'intégralité des résultats obtenus.

### **(b). Modes d'existence**

Ces contrats existent selon une multitude de modes différents. Deux principaux peuvent être mis en évidence. Dans une première situation, la personne publique joue un rôle passif, d'un point de vu des réalisations scientifique et/ou techniques.

En l'espèce l'administration se limite à une participation financière au contrat, sans investissement humain dans les réalisations scientifiques et/ou techniques nécessaires à la réussite du programme de R&D. Dans ces circonstances, le montage contractuel est, de prime abord, proche de l'acte d'achat propre aux marchés publics, puisqu'il s'agirait d'une forme particulière de commande. Cependant, il s'agit davantage de penser cette convention comme un acte d'investissement.

La personne publique ne cherche pas tant à acheter une solution innovante (a minima un bien intellectuel, scientifique et technique, nouveau) qu'à promouvoir, de manière directe (et non indirecte comme cela peut être le cas notamment via le Crédit impôt recherche) son émergence. Ces contrats sont qualifiés « *d'accord public de R&D* » par la doctrine, et en ce qui concerne la pratique, la dénomination la plus fréquemment utilisée est celle de « *contrat de recherche et développement partagé* »<sup>201</sup>.

En ce qui concerne le droit privé, ce type de contrat est le plus souvent qualifié de « *consortium* »<sup>202</sup>, destiné à organiser les interactions entre les parties à un projet de R&D partagé, tout particulièrement la gouvernance du programme, les obligations des partenaires, la répartition des droits de propriétés intellectuelle, l'exploitation subséquente des résultats<sup>203</sup>. A l'inverse, dans une seconde situation, le pouvoir adjudicateur, parce qu'il en a les capacités/compétences en interne (notamment lorsqu'il s'agit d'un établissement public à caractère scientifique et technologique) participe de manière active aux travaux qui sont menés à bien dans le cadre du programme de R&D.

Dans ce contexte, il s'agit d'une véritable convention croisée puisque l'administration est simultanément le client et le prestataire, puisque les partenaires partagent ensemble l'effort de R&D, les résultats obtenus bénéficiant à la communauté formée entre les parties. Il est alors question de contrat de collaboration de recherche bilatéral autour d'un projet de R&D établie autour d'un sujet d'intérêt partagé, où le laboratoire public apporte des ressources, des moyens, des compétences et des équipements, afin d'obtenir les résultats espérés.

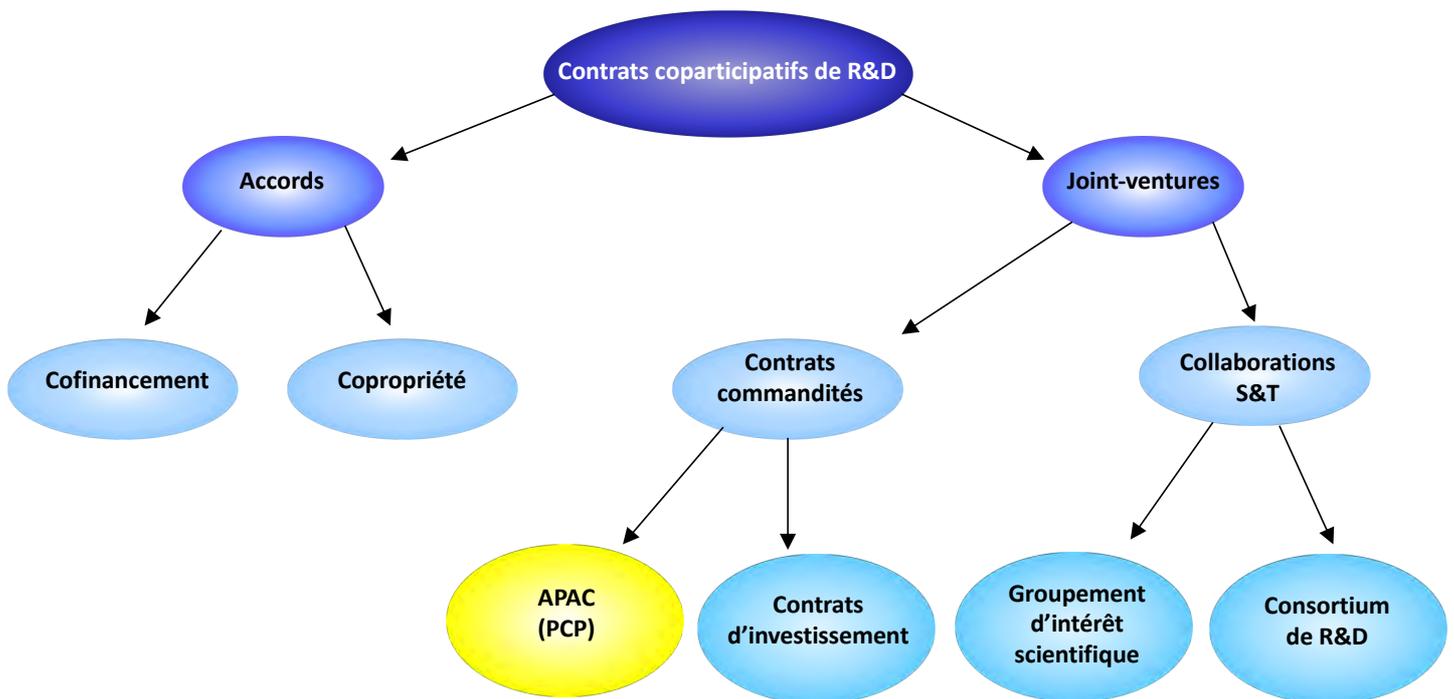
---

<sup>201</sup> BLAIZOT-HAZRD (C.), *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 46 ; voir également, WARUFSEL (B.), « L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle », in *Le droit public de la propriété intellectuelle*, p. 1 et s

<sup>202</sup> <http://www.agence-nationale-recherche.fr/fileadmin/documents/2017/ANR-RF-Fiche-4-AC.pdf>

<sup>203</sup> [https://archives.entreprises.gouv.fr/2012/www.industrie.gouv.fr/guidepropintel/outils\\_contractuels/fiche\\_consortium.html](https://archives.entreprises.gouv.fr/2012/www.industrie.gouv.fr/guidepropintel/outils_contractuels/fiche_consortium.html)

Sont principalement compris dans cette hypothèse toutes les situations de collaboration entre un (ou plusieurs) laboratoire(s) public(s) et un (ou plusieurs) organisme(s) privé(s) (voir même entre plusieurs laboratoires publics)<sup>204</sup>.



**NB: L'APAC n'est qu'un des montages rendus possibles par l'exclusion établie en ce qui concerne les contrats de R&D (Art. 14 dir. 2014/24 et art. 32 dir. 2014/25).**

Figure n°22 : Constellation des contrats de R&D coparticipatifs

<sup>204</sup> Yves Reboul, « Contrats de recherche », Juris. Cl. Brevets, Fasc. 100, 2, 1983, n°76, l'auteur définit le contrat de collaboration comme la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes se répartissent l'exécution et le financement de travaux scientifiques et techniques en vue d'obtenir les résultats qui en seront issus.

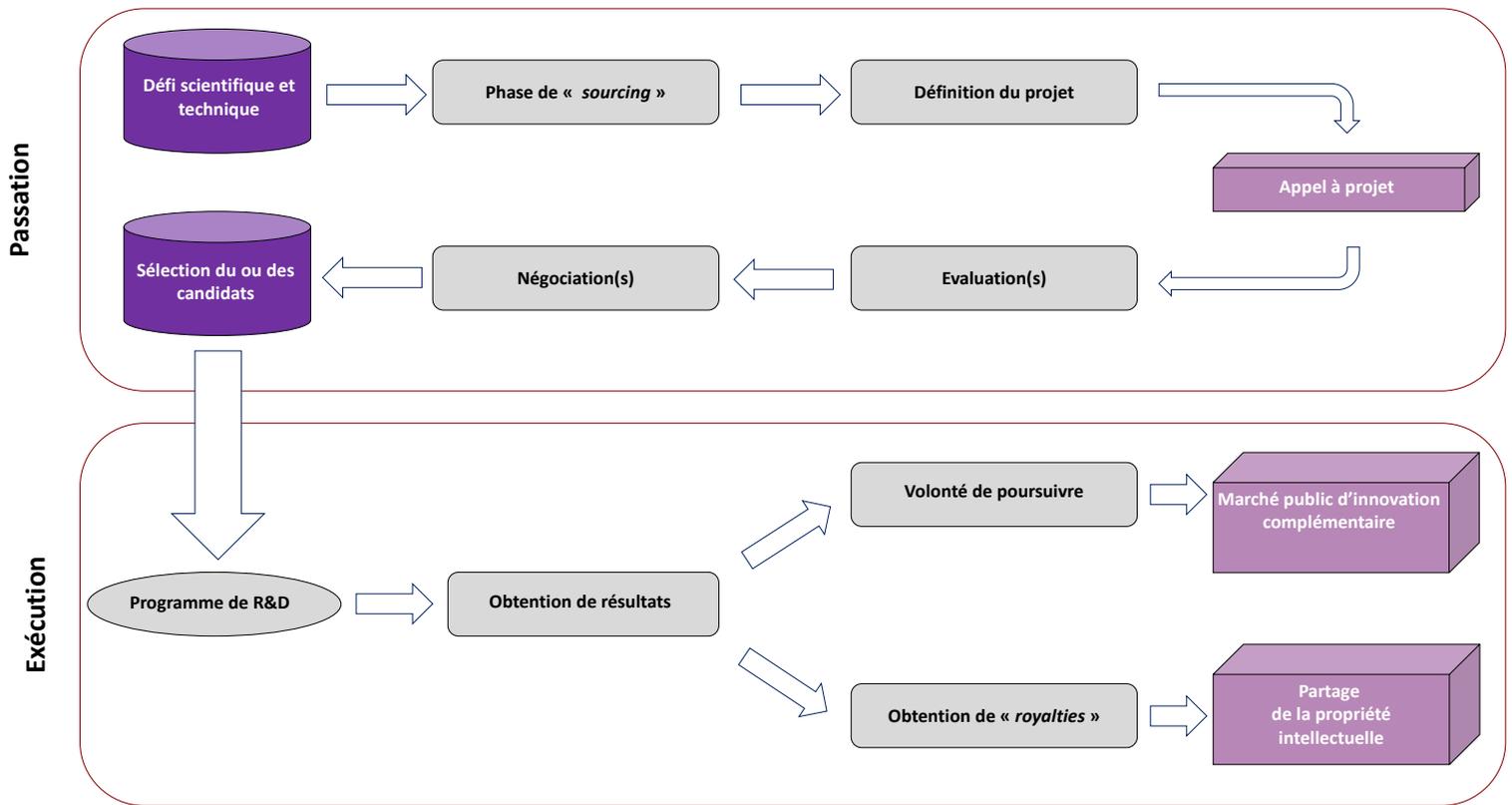


Figure n°23 : Modélisation simplifiée des contrats publics de R&D coparticipatifs

Dans la pratique, ces conventions sont le plus souvent nommées « *contrat de R&D en collaboration* »<sup>205</sup> ou encore « *groupement d'intérêt scientifique* »<sup>206</sup>. Le groupement d'intérêt scientifique (ou GIS), ne dispose pas de personnalité morale à la différence d'un groupement d'intérêt économique (GIE) et surtout d'un groupement d'intérêt public (GIP) qui est d'ailleurs régulièrement utilisé pour mener à bien des travaux de recherche et développement dans le cadre d'une structure, d'un nouvel organisme établi à cet effet. Le GIS n'a pas, pour sa part, vocation à établir l'existence d'une nouvelle société ou association et n'a pas lieu d'exister au-delà de la réalisation d'une opération de R&D particulière<sup>207</sup>.

### **(c). Politiques publiques**

Sur le plan des politiques publiques, les contrats de R&D coparticipatifs doivent être considérés comme des alternatives, d'une part aux marchés de R&D (id est à l'achat, stricto sensu de résultats scientifiques et techniques nouveaux), d'autre part aux conventions de financement, à titre gratuit, de la R&D (peu importe à cet égard qu'il soit question de subvention ou d'avance remboursable). Économiquement (tout comme politiquement et juridiquement d'ailleurs) ces «*contrats coparticipatifs*» constituent des instruments de politique publique hybride, se situant entre la demande (l'achat) et l'offre (que ce soit le fait de proposer des aides publiques ou le fait de proposer des prestations).

La communauté d'intérêts qui se forme autour de l'objectif commun qu'ont les parties relativement à la réalisation d'un effort scientifique et/ou technique, transcende les clivages juridiques classiques de l'onéreux et du gratuit, ce qui explique, l'exclusion de ces formes contractuelles du champ d'application du droit de la commande publique, le fait d'envisager de nouveaux usages propres à ces conventions.

Ainsi, il est possible de dégager, de manière non exhaustive, quatre grandes manières d'utiliser les contrats de R&D coparticipatifs.

- (i). *Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des alternatives à l'acte d'achat*

Dans une première mesure, l'administration a, prioritairement, pour objectif d'acquérir des actifs intellectuels nouveaux (id est, des résultats scientifiques et/ou techniques inédits) tout en considérant qu'il n'est pas dans son intérêt d'en obtenir la propriété exclusive (notamment en

---

<sup>205</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, la « *collaboration effective* » désigne « *une collaboration entre au moins deux parties indépendantes l'une de l'autre et visant à échanger des connaissances ou des technologies, ou à atteindre un objectif commun, fondée sur une division du travail impliquant que les parties définissent conjointement la portée du projet collaboratif, contribuent à sa réalisation, et en partagent les risques et les résultats. Une ou plusieurs parties peuvent supporter l'intégralité des coûts du projet et donc soustraire d'autres parties à tout risque financier. Les contrats de recherche et la fourniture de services de recherche ne sont pas considérés comme des formes de collaboration* ».

<sup>206</sup> <http://www.cnrs.fr/inshs/recherche/actions-propres-institut/gis/gis.htm>

<sup>207</sup> <http://www.cnrs.fr/inshs/recherche/actions-propres-institut/gis/gis.htm>

raison d'un coût trop important). L'administration fait alors le choix de partager la propriété intellectuelle avec son prestataire qui, de ce fait, devient un partenaire.

Dans une deuxième mesure, l'administration bénéficie d'une offre de concours de la part de son prestataire, qui accepte de partager le financement du programme de R&D sans pour autant obtenir un quelconque retour direct pour cet investissement. Dès lors, puisqu'un cofinancement est organisé entre les parties à la convention, ces derniers deviennent partenaires. Par ailleurs, au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur devient tout de même propriétaire exclusif (à moindre coût, en l'occurrence) des résultats inédits générés par l'exécution du programme de R&D.

Dans une dernière mesure, l'adjudicateur peut décider d'utiliser ces formes contractuelles hybrides, dans une logique plus achat, en établissant un « *Achat public avant commercialisation* » (APAC)<sup>208</sup> ou « *Pre-commercial procurement* » (PCP)<sup>209</sup>. Dans cette optique, la mise en place d'un PCP est pensée pour être suivie d'un « *Public procurement of innovation* » (PPI, soit un « *marché public d'innovation* »), ce qui implique de combiner un contrat situé en dehors des limites du droit de la commande publique (le PCP) et un marché entièrement déterminé par ce corpus juridique (le PPI).

Ce type de montage nécessite certains pré-requis, notamment en ce qui concerne le respect des grands principes de la commande publique, rendant son utilisation parfois complexe<sup>210</sup>. D'ailleurs, cette difficulté aurait pu justifier la disparition de ce montage en deux phases, au profit du partenariat d'innovation qui, puisqu'il s'agit d'un contrat unique permet de « *pallier les difficultés structurelles des actuels marchés de R&D qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat* »<sup>211</sup>.

Cependant, force est de constater d'une part, que sur un plan strictement juridique, les deux instruments coexistent, d'autre part, dans la pratique (tout particulièrement dans d'autres États membres de l'UE) l'enchaînement PCP/PPI reste toujours d'actualité.

Comment expliquer cette situation ? Manifestement, il faut penser une complémentarité entre ces deux montages. Le partenariat d'innovation, en raison de sa structure même, s'accorde davantage avec des projets qui tendent à l'amélioration substantielle de ce qui existe déjà, sans viser de rupture radicale. Dans le cadre du partenariat d'innovation, l'acheteur doit avoir une idée précise de ce qu'il pourrait acheter au terme du programme de R&D qu'il entend voir mener.

---

<sup>208</sup> Communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation : « *l'achat public de services de recherche et de développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne se réserve pas exclusivement les résultats et avantages pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, mais les partage avec les prestataires aux conditions du marché. Le contrat, dont l'objet relève d'une ou de plusieurs catégories de recherche et de développement définies dans le présent encadrement, doit être de durée limitée et peut inclure le développement de prototypes ou de quantités limitées de produits ou services nouveaux sous forme de série expérimentale. L'achat de quantités commerciales de produits ou services ne peut faire l'objet du même contrat ;* »

<sup>209</sup> COM (2007) 799 final : *Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe* [SEC (2007) 1668].

<sup>210</sup> Apostol Ramona, « Pre-commercial procurement in support of innovation – Regulatory effectiveness ? », *Public Procurement Law Review*, 2012, 6, 213-225.

<sup>211</sup> Fiche DAJ sur le Partenariat d'innovation.

# Des approches complémentaires pour une stratégie globale

## Contrat de R&D coparticipatif

Répondre à un défi  
Logique de la promotion

Caisse nationale des allocations familiales:  
« *Modernisation des services* » (2015)

Saut scientifique

Autorité européenne de sécurité des aliments: « *Evaluation des nouveaux risques microbiologiques* » (2015)

Degré d'innovation:  
TRL 1 à 3

Commission européenne:  
« *Humain Brain Project* » (2014)



Evaluation du risque :  
***Serendipité de la R&D***

## Partenariat d'innovation

Apporter une solution à un besoin  
Logique de l'achat

Conseil Régional du Nord-Pas-de-Calais:  
« *Nouveau garage à vélo* » (2015)

Amélioration technologique

Réseau des Acheteurs Hospitaliers IDF:  
« *Activités de télésurveillance médicale* » (2015)

Degré d'innovation  
TRL 3 à 6

Université Pierre et Marie Curie:  
« *conception de modules d'imagerie* » (2015)



Evaluation du risque :  
***Management de l'innovation***



Figure n°24 : Les contrats de R&D coparticipatifs et les Partenariats d'innovation

Si tel n'est pas le cas, le pouvoir adjudicateur sera dans l'incapacité de fixer les performances et les coûts attendus concernant la solution innovante qu'il entend acquérir, rendant par la même occasion, inapplicable les règles prévues par le droit de la commande publique à cet effet. A l'inverse, le montage PCP/PPI est surtout utilisé lorsqu'il est question de réaliser un saut technologique, impliquant la présence d'une incertitude très importante relativement à la réussite du programme de R&D. Dans ces circonstances, le fait de ne pas avoir à définir en amont, avec une certaine précision, ce que doit être la solution innovante finalement achetée, explique que l'enchaînement PCP/PPI puisse être encore utilisé par les administrations qui cherchent à répondre à leur besoin, tout en gérant le risque en dehors des cadres fixés par le partenariat d'innovation.

(ii). *Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des alternatives à l'aide publique*

Dans une certaine mesure, les contrats de R&D coparticipatifs peuvent être envisagés comme des instruments permettant d'atteindre des objectifs similaires à ceux obtenus via les conventions de financement direct (subvention et avance remboursable) tout en conférant au pouvoir adjudicateur une capacité de contrôle sur l'utilisation ultérieure des résultats du programme.

Les conventions de financement sont, par essence, des contrats à titre gratuit, ce qui justifie qu'ils ne peuvent, en aucun cas, répondre à un besoin de l'administration et que, par extension, la personne publique voit son contrôle limité à la bonne utilisation des deniers versés, sans pouvoir intervenir en ce qui concerne l'utilisation des résultats (l'administration ne disposant d'aucune propriété intellectuelle sur ces derniers).

A l'inverse, les contrats de R&D coparticipatifs, parce qu'ils maintiennent un minimum de caractère onéreux dans la relation que les partenaires vont former, justifie le contrôle dont dispose l'administration concernant l'utilisation ultérieure des résultats.

De manière basique (même si d'autres options sont envisageables) le montage est alors le suivant, la personne publique va volontairement financer l'intégralité du programme, tout en accordant à son partenaire une part – plus ou moins importante – de la propriété intellectuelle sur les résultats. Le partenaire, en ce sens, bénéficie d'un avantage puisque sans avoir financé la R&D, il profite tout de même de ses fruits.

Cependant, à la différence d'une convention de financement classique, le partenaire n'en aura pas la jouissance exclusive et il devra s'accorder avec l'administration qui dispose également d'une quote-part de la propriété intellectuelle et qui, de ce fait, peut orienter stratégiquement l'utilisation ultérieure des résultats. Ce type de montage présente tout de même un risque juridique puisque la présence d'aide d'État pourrait être détectée<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EE.

Il faut alors s'assurer de rentrer dans les cadres fixés par le droit communautaire en ce qui concerne les aides concédées directement par la puissance publique à un programme de R&D mené par un opérateur particulier<sup>213</sup>.

(iii). *Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des instruments de valorisation scientifique et/ou technique*

Les collaborations en matière de R&D qui peuvent être instaurées sur le fondement de ces contrats participent à la valorisation des chercheurs et des résultats scientifiques et/ou techniques qu'ils obtiennent. Ce type de convention peut notamment être utilisé pour créer des synergies intellectuelles autour de défi sociétaux, en combinant les compétences et autres savoirs de différentes entités.

Par ailleurs, ces contrats, peuvent en tout ou partie prévoir de diffuser (et par extension de n'organiser aucune répartition de la propriété intellectuelle qui, dès lors, n'a plus lieu d'être) l'ensemble des connaissances nouvellement obtenues. Les résultats sont alors pleinement considérés dans leur nature (juridique et économique) de « *bien commun* », imparfaitement appropriable et inépuisable dans leur contenu<sup>214</sup>.

En tout état de cause, qu'il s'agisse de renforcer les coopérations scientifiques pour dépasser plus efficacement des incertitudes ou qu'il soit question de diffuser (tout ou partie) les connaissances obtenues, il est toujours question, en point de mire, de parvenir à valoriser les efforts de R&D consentis.

(iv). *Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des instruments d'investissement public*

Dans une dernière mesure, les contrats de R&D coparticipatifs peuvent constituer le fondement de politiques publiques consistant à penser différemment l'utilisation des deniers publics en ce qui concerne la promotion de la R&D. A partir des dispositions du droit de la commande publique, il est possible, à l'instar de ce qui existe au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, d'envisager un système de « *small business* », prioritairement favorable aux start-ups innovantes, afin de faire émerger un éco-système basé sur l'émergence de connaissances nouvelles et de solutions innovantes<sup>215</sup>.

Dans ces deux Etats, les contract coparticipatifs, pris dans leur format pre-commercial procurement (PCP) ont particulièrement été mis en lumière. Ce montage contractuel permet aux autorités adjudicatrices d'organiser un « *challenge technologique compétitif* ».

---

<sup>213</sup> Communication de la Commission — Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (2014/C 198/01).

<sup>214</sup> Greg R. Vetter, « Patent Law's Unpredictability Doctrine and the Software Arts », *Missouri Law Review*, Vol. 76, 3, 2011, 775-811 : « (...) *the nature of R&D suggests that there are more attempts than commercialized outputs* ».

<sup>215</sup> Charles Edquist, Jon Mikel Zabala-Iturriagoitia, « Pre-commercial procurement : a demand or supply policy instrument in relation to innovation ? », *R&D Management*, 45, 2, 2015, 147-160.

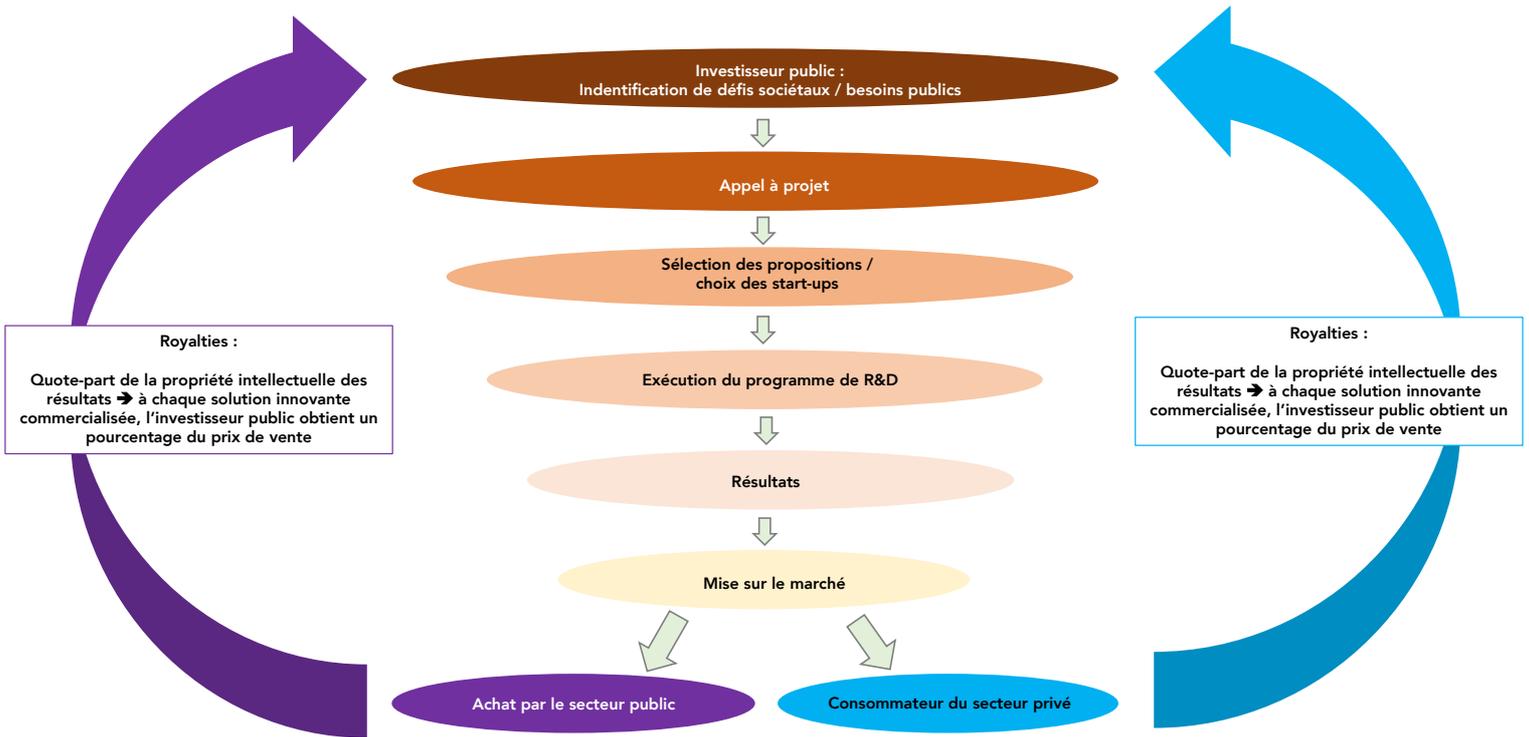


Figure n°25 : Le recours aux royalties.

Il en résulte que les opérateurs économiques potentiellement fournisseurs expriment leurs idées pour satisfaire à des besoins ou surmonter des défis donnés. Les candidats retenus voient leurs projets de R&D financés. Ils développent donc leurs concepts jusqu'au stade des démonstrateurs<sup>216</sup>. Dans ce contexte, l'acheteur pense sur le long terme, il devient un investisseur en sélectionnant des projets fortement incertains, donc proportionnellement très prometteurs en cas de réussite, sans forcément chercher à satisfaire un de ses besoins propres.

En d'autres termes, il est possible d'utiliser ces conventions pour financer des programmes de R&D particulièrement aléatoires, afin de faire émerger, à terme, des solutions innovantes qui bénéficieront, potentiellement, à la société dans son ensemble, que ce soit la personne publique à l'origine de l'investissement, d'autres administrations ou encore, le secteur privé (personnes morales ou physiques, professionnels ou particuliers).

Il est même d'ailleurs possible d'envisager l'introduction d'une clause de redevance (ou « *royalties* ») fixée en fonction de la quote-part de la propriété intellectuelle détenue par l'investisseur public et correspondant à une rétribution versée par le partenaire en cas de réussite (entendre par là exploitation industrielle et commerciale) des résultats obtenus en phase R&D. En l'occurrence, la notion de « *royalties* » désigne un « *ensemble de redevances dues, en échange d'un droit d'exploitation, à l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, à un inventeur propriétaire d'un brevet par la personne physique ou morale qui exploite l'œuvre de cet auteur, la découverte de cet inventeur* »<sup>217</sup>. En ce sens, la redevance peut être définie comme « *une prestation en argent qui est versée périodiquement au propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevet, nom commercial, dessins ou modèles) par la ou les personnes qui sont autorisées à en poursuivre l'exploitation à leurs risques* »<sup>218</sup>.

Ainsi, le pouvoir public valorise les actifs (financiers le plus souvent, mais potentiellement humains ou encore en matière de connaissances antérieures) qu'il a apporté pour participer à l'effort scientifique et/ou technique commun. Ce type de valorisation prend alors la forme d'un retour sur investissement. Il ne s'agit pas pour la puissance publique de se substituer au travail des banques et autres organismes d'investissement, mais davantage de trouver une place idoine, notamment en encourageant des projets risqués ou ceux qui auront surtout un impact sociétal (plus que commercial).

Les contrats de R&D coparticipatifs servent alors de base au développement d'une forme de capital risque public. Précisons tout de même qu'il ne s'agit pas, *stricto sensu* de prendre part au capital des sociétés, mais au contraire de maintenir plus de souplesse en restant uniquement au niveau contractuel, dans le cadre d'une coopération. Il résulte, fort logiquement, de l'instauration d'une telle politique publique que les acheteurs observent leur fonction évoluée, la réflexion ne portant plus alors uniquement sur la réponse à un besoin et sur l'opportunité de l'achat, mais davantage sur la stratégie à adopter et sur le risque à prendre.

Sur ce dernier point, soulignons que le risque reste paradoxalement relatif, si l'investissement est bien envisagé en amont. Cela a été développé *supra*, à différentes reprises, mais l'activité de R&D, puisqu'elle tend, d'abord, à produire des connaissances nouvelles, participe directement à faire émerger des biens communs.

---

<sup>216</sup> Direction Générale du Trésor, *Étude comparative internationale – Achats publics innovants*, Octobre 2017.

<sup>217</sup> <http://www.cnrtl.fr/definition/royalties>

<sup>218</sup> <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/redevance.php>

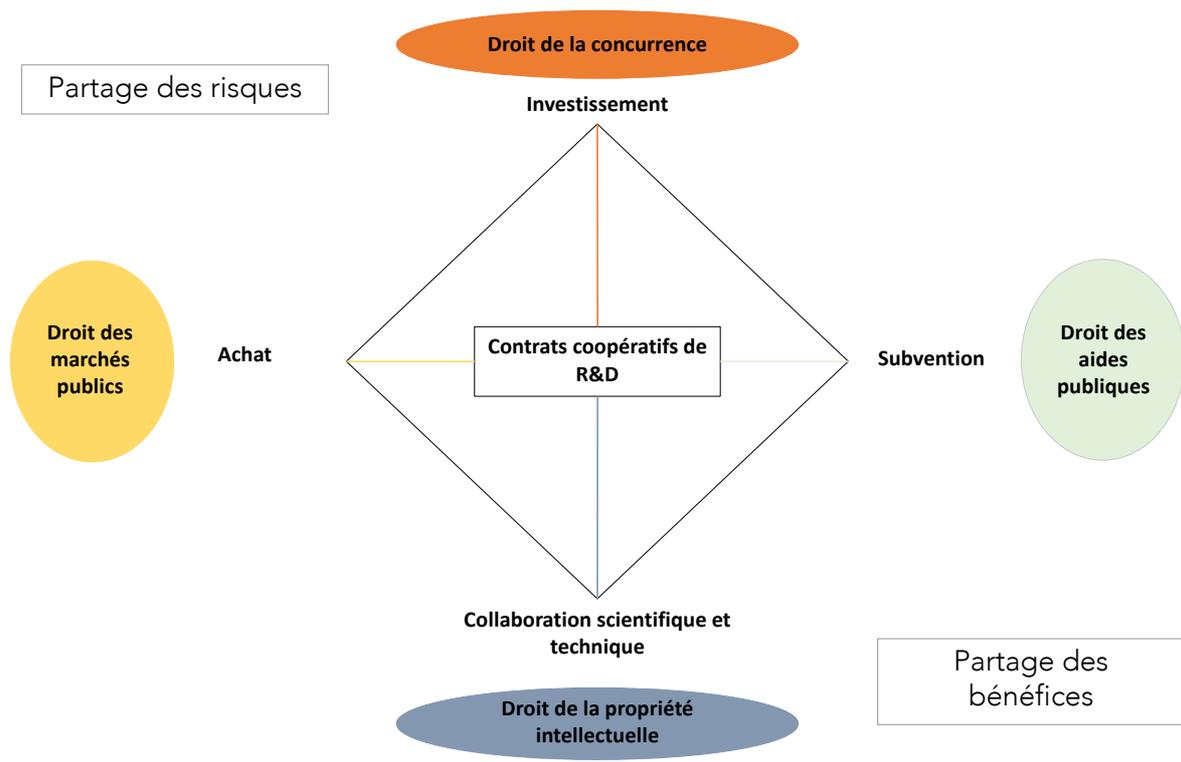


Figure n°26 : Particularité juridique des contrats de R&D coparticipatifs

Même si l'investissement n'aboutit pas sur la commercialisation d'un produit, ou la distribution d'un service, il n'a pas été vain. Des savoirs ont tout de même été obtenus et ils permettront probablement, à terme, de déterminer une toute autre solution innovante.

En tout état de cause, les contrats de R&D coparticipatifs ont toujours pour objet l'établissement d'une synergie entre les parties prenantes autour d'un effort commun, en dépassant une incertitude d'ordre scientifique et/ou technique. Ainsi, il s'agit de transcender les oppositions classiques, de déterminer un (ou plusieurs) intérêt(s) partagé(s), afin de potentialiser l'impact des travaux R&D réalisés et pour ce faire, il faut réussir à déterminer un sens commun.

#### **d. Procédure**

En théorie, lorsqu'une personne publique conclut un contrat de R&D coparticipatif, aucune obligation formelle de publicité ou de mise en concurrence ne s'impose. Leur existence résultant de l'article 14-3° de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 qui relève des dispositions relatives aux marchés publics exclus. Cela implique que les règles contenues dans cette ordonnance ne s'appliquent pas à ce type de convention<sup>219</sup>.

Si ces contrats exclus ne sont pas concernés par les dispositions spécifiques du droit de la commande publique, est-il nécessaire de considérer qu'ils sont tout de même soumis aux principes fondamentaux, qui ont une valeur communautaire et constitutionnelle, qui structurent ce corpus juridique ?<sup>220</sup> Le juge administratif est indirectement venu nous apporter une réponse<sup>221</sup>.

Le Conseil d'État, dans deux arrêts rendus récemment, relativement à des contrats exclus (mais qui ne relèvent pas de l'exclusion concernant la « *recherche et développement* »). Dans les deux situations, le juge a estimé la conclusion de telles conventions est soumise aux principes généraux de la commande publique<sup>222</sup>. La doctrine considère d'ailleurs que ces contrats exclus « *répondent à la définition de la notion* » de contrats de la commande publique et « *entrent dans le champ d'application de l'ordonnance tout en bénéficiant simultanément de l'inapplicabilité des règles qu'elle pose, et non de celles relevant de principes supérieures* »<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> APOSTOL (R.), « Pre-commercial procurement in support of innovation – Regulatory effectiveness ? », *Public Procurement Law Review*, 2012, 6, 213-225 : « *R&D services whose risks and benefits are shared with the service provider are, on the other hand, excluded from the scope of application of the EU Procurement Directives. This means that these services do not have to be opened to competition from GPA Parties* ».

<sup>220</sup> Cons. Constit., décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 10<sup>ème</sup> considérant.

<sup>221</sup> HOEPFFNER (H.), LLORENS (F.), « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *Contrats et Marchés publics*, n°4, avril 2018, repère 4 : « *On ne peut pas dire que ces dispositions soient des plus claires. Elles posent – ou plutôt posaient – la question de savoir si ces contrats « exclus » sont totalement soustraits aux dispositions des ordonnances ou si, en tant qu'ils répondent à la définition des marchés publics et des concessions, ils demeurent soumis aux principes énoncés par leur article 1er. Une interprétation stricte pouvait plaider en faveur de la première solution dans la mesure où cet article 1er fait formellement partie des dispositions des ordonnances déclarées inapplicables aux contrats en cause.* »

<sup>222</sup> CE, 15 déc. 2017, n°413193, *Synd. Mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit* ; CE, 5 février 2018, n°414846, *Sté Peyrani et a.*

<sup>223</sup> CLAMOUR (G.), « Les marchés exclus », *Contrats et marchés publics*, n°10, 2015, dossier 3.

Si ces décisions confortent des jurisprudences similaires antérieures<sup>224</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elles soulèvent un certain nombre de questions. Est-ce que tous les contrats exclus de la commande publique sont concernés ?<sup>225</sup> Le respect des principes fondamentaux du droit de la commande publique est-il fonction de la valeur financière des contrats concernés ? Ces conventions exclues ne seront-elles pas à terme inclus à nouveau dans le champ d'application du droit de la commande publique ?

En ce qui concerne spécifiquement les contrats de R&D exclus, il serait même possible de considérer qu'au sens stricte, ces contrats ne pouvant pas être assimilés à des "marchés publics", en raison de leur structure (ainsi que cela a été démontré précédemment), ils pourraient ne pas être concernés par ces dernières évolutions jurisprudentielles

Quoiqu'il en soit, il semble préférable de considérer qu'un minimum de transparence, d'égalité de traitement et de liberté d'accès peuvent être nécessaires pour justifier l'établissement d'un contrat de R&D coparticipatif. Ce qui est d'autant plus évident dans un schéma de type PCP/PPI, puisque l'objectif, à terme, est d'acheter une solution innovante. C'est pourquoi, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer, dès la contractualisation de la phase R&D, d'établir un contexte concurrentiel favorable<sup>226</sup>. Si l'administration n'a pas organisé de mise en concurrence sur la phase PCP, elle pourrait être accusée d'avoir avantagé le ou les opérateur(s) qui en sont issus, lors de la phase PPI.

Afin de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, plusieurs prescriptions doivent être respectées. Tout d'abord, il n'y a pas lieu d'exclure systématiquement les opérateurs économiques qui ont participé aux contrats PCP, des mises en concurrence établies pour la passation des marchés publics d'innovation qui suivent<sup>227</sup>. Le droit communautaire n'impose aucun principe de neutralisation des prestataires de R&D<sup>228</sup>.

En d'autres termes, dans le contexte d'un marché public, post PCP, l'autorité contractante n'est pas tenue d'exclure un prestataire PCP, ni de neutraliser tout avantage de prix inhérent à la participation de ce dernier lors de la phase de R&D. Cependant, lors de la passation de ce nouveau contrat, le pouvoir adjudicateur devrait mettre à disposition toutes les informations pertinentes, afin de ne pas désavantager les opérateurs qui n'étaient pas présents sur le programme scientifique et technique premier. Le seul obstacle étant la protection de ces données par des droits de propriété intellectuelle qui appartiendraient aux primo-cocontractants<sup>229</sup>. De surcroît, le pouvoir adjudicateur devra, logiquement, éviter de favoriser un participant au PCP en utilisant des critères trop spécifiques<sup>230</sup>.

---

<sup>224</sup> CE, 29 juill. 2002, n°246921, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, à propos des marchés publics sans formalités préalables ; voir également, CAA Paris, 17 mars 2014, n°12PA00199, *Stés Elektron et Foretec* : « *Considérant qu'en égard à la valeur constitutionnelle des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, repris à l'article 1er du code des marchés publics, la seule circonstance que les dispositions de ce code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres prévus à l'article 3 du même code n'est pas, par elle-même, de nature à exonérer le pouvoir adjudicateur du respect de ces principes ;* »

<sup>225</sup> Notamment eu égard au caractère particulièrement hétérogène de cette catégorie.

<sup>226</sup> APOSTOL (R.), « Pre-commercial procurement in support of innovation – Regulatory effectiveness ? », *Public Procurement Law Review*, 2012, 6, 213-225 : « The obligation of a contracting authority to ensure a level playing field for bidders stems from the principles of equal treatment, proportionality and transparency ».

<sup>227</sup> *Fabricom NV v Belgium* (C-21/03 and C-34/03) [2005] at [32–36].

<sup>228</sup> *European Cynamics v Commission* (T-345/03) [2008] at [73-76].

<sup>229</sup> *European Cynamics v Commission* (T-345/03) [2008] at [73-76].

<sup>230</sup> *Evropaiki Dynamiki v European Investment Bank* (T-461/08) S[2011] at [149–150].

De manière générale, les avantages accumulés par un opérateur économique participant à un programme de R&D en commun (et pas exclusivement dans une logique PCP) en termes de connaissance et de droits de propriété intellectuelle, ne doit pas être déconsidéré lors de la passation ultérieure d'un marché public pour le développement industriel et l'achat de la solution innovante<sup>231</sup>. Cependant, la transparence, sans forcément évoquer une mise en concurrence, au sens classique, est préférable<sup>232</sup>. Ainsi, dès la mise en place du montage contractuel, le fait de communiquer largement sur le projet conduit par la personne publique, permet de préparer la seconde phase, en ayant une connaissance exhaustive des informations qu'il sera ou non possible et nécessaire de transmettre à tous les opérateurs économiques intéressés<sup>233</sup>.

## **B. Contractualisation des expérimentations hors R&D**

Dans l'hypothèse où aucune solution n'est disponible sur le marché (ou dans la pratique), mais que cette situation ne résulte pas d'une carence dans les savoirs scientifiques et techniques humains accessibles, il existe tout de même de moyens, pour l'acheteur de former des contrats qui lui permettront de satisfaire son besoin.

### **1. Définitions**

Ces « marchés publics d'expérimentation hors R&D » peuvent être définis comme les « *contrats conclus à titre onéreux par lesquels une ou plusieurs autorité(s) adjudicatrice(s) confie(nt) à un ou plusieurs opérateur(s) économique(s), la réalisation d'un programme expérimental, n'impliquant pas la mise en œuvre de travaux de R&D, dans l'optique de concevoir, puis d'acquérir des travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* ».

Ces « marchés publics d'expérimentation hors travaux de R&D » ne doivent pas être confondus avec la catégorie des « *marchés publics réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux* » définie à l'article 97 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016<sup>234</sup>. Cet article relatif à la mise en œuvre d'une procédure de maîtrise d'œuvre ou de travaux spécifique liée à la réalisation d'un programme expérimental, reste d'application très limitée<sup>235</sup>.

En tout état de cause, il s'agit là d'une définition générale regroupant en une seule expression toutes les expérimentations hors travaux de R&D. *A minima*, deux définitions plus spécifiques

---

<sup>231</sup> *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne (C-513/99) [2002]* at [86].

<sup>232</sup> *Brink's Security Luxembourg v Commission (T-437/05) [2009] ECR II-3233* at [120–121] ; voir également *Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd (C-324/93) [1995]*,

<sup>233</sup> *Isméri Europa v Court of Auditors (C-315/99) [2001] ECR I-5281* at [47].

<sup>234</sup> Article 97, décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *L'acheteur qui réalise des ouvrages qui ont pour objet de vérifier la pertinence, sur un nombre limité de réalisations, des projets retenus par l'État dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, peut passer, pour leur réalisation, des marchés publics de maîtrise d'œuvre ou de travaux, au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme au présent décret, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis de marché. Un protocole d'expérimentation est passé entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national* ».

<sup>235</sup> RECORD (C.), « Les marchés publics particuliers dans le décret du 25 mars 2016 », *Contrats publics*, n°166, juin 2016 ; voir également CAA Bordeaux, 2<sup>ème</sup> chambre, 17 juin 2008, 06BX00332.

peuvent être proposées. Elles correspondent aux deux sous-catégories qui sont subsumées par le concept global exposé ci-dessus et qui doivent être distinguées.

**(a). Les marchés publics d'expérimentation industrielle et commerciale**

Cette notion désigne les contrats, « conclus à titre onéreux, par lesquels une ou plusieurs autorité(s) adjudicatrice(s) confie(ent) à un ou plusieurs opérateur(s) économique(s), la réalisation d'un programme expérimental, hors travaux de R&D, incluant notamment les études de conception, l'outillage, l'ingénierie industrielle, démarrage de la production et la commercialisation de solutions technologiquement nouvelles ou améliorées ».

**(b). Les marchés publics d'expérimentation sociale**

Cette notion désigne les contrats, « conclus à titre onéreux, par lesquels une ou plusieurs autorité(s) adjudicatrice(s) confie(ent) à un ou plusieurs opérateur(s) économique(s), la réalisation d'un programme expérimental à caractère non technologique, n'intégrant ni travaux de R&D, ni expérimentation industrielle et portant sur la mise en œuvre dans changement dans les pratiques sociales ».

**(c). Mode d'existence**

En soi, cette catégorie de contrat – tout comme les sous-catégories qu'elle subsume – n'est pas canon. Elle ne fait l'objet d'aucun développement particulier dans le cadre du droit de la commande publique. Pourtant, sur un plan factuel, la reconnaissance de son existence s'impose. Ce constat s'appuie plus particulièrement sur deux points.

*(i). Existence des marchés publics d'expérimentation industrielle et commerciale*

Premièrement, ainsi que cela a été exposé *supra*, l'activité de R&D – et par extension les contrats qui ont pour objet principal sa réalisation – entretient un rapport asymptotique avec les phases d'industrialisation et de commercialisation de la solution innovante. Il en résulte qu'il existe un écart entre la fin de la phase de développement expérimental qui, au mieux, permettra de bénéficier d'un démonstrateur technologique et la mise sur le marché de l'innovation définitivement constituée<sup>236</sup>.

C'est en raison de la présence de cet interstice qu'il est nécessaire de penser l'existence d'un contrat, en l'occurrence d'un marché, qui a pour objet la réalisation de ces prestations complémentaires qui permettent de passer à l'échelle. En d'autres termes, il faut penser un mode contractuel qui offre la possibilité aux personnes publiques d'expérimenter la création d'un produit, procédé ou service innovant.

---

<sup>236</sup> Au terme d'un programme de R&D, le pouvoir adjudicateur peut, au mieux, espérer acquérir un prototype ou une installation pilote, mais il ne doit en aucun cas acquérir un produit, un procédé ou un service suffisamment opérationnel pour être commercialisé et donc utilisable directement.

En l'espèce, la R&D n'est pas d'actualité. Soit parce qu'elle a déjà été effectuée en amont, dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat coparticipatif de R&D. Soit parce qu'il n'y a, fondamentalement, aucune incertitude d'ordre scientifique ou/et technique à dépasser (la production de connaissances supplémentaires n'est alors plus imposée).

(ii). *Existence des marchés publics d'expérimentation non technologique*

Deuxièmement, l'expérimentation peut être réalisée en dehors de toute forme d'avancée technologique. L'hypothèse est alors la suivante, une autorité contractante cherche à mener une expérimentation d'ordre sociale, notamment afin de donner lieu, par la suite à une innovation organisationnelle<sup>237</sup>. Dans ces conditions, l'établissement d'un programme de recherche scientifique n'est pas forcément nécessaire et, en tout état de cause, il n'y a pas lieu d'opérer une phase de développement original. Par ailleurs, il n'est pas ici question de procéder à la mise sur le marché d'une solution nouvelle ou substantiellement améliorée, mais bien de stimuler des changements de pratiques sociales<sup>238</sup>.

En tout état de cause, il faut penser qu'une personne publique, qui souhaiterait, par exemple, modifier l'organisation de ses services, et cherche à passer par un prestataire extérieur pour mener à bien cette expérience, aura – même cela peut ne pas être réfléchi sur un plan théorique – recours à ce type de contrat<sup>239</sup>.

**(d). Procédures**

Les marchés publics d'expérimentation hors travaux de R&D, peu importe qu'ils tendent à conduire des expériences industrielles ou sociales, doivent bénéficier, en raison de leur objet principal qui reste de générer une solution – travaux, fournitures ou services – nouvelle ou substantiellement améliorée – par rapport à l'état du marché ou à celui des pratiques - des dispositions de l'article 25, II, 2° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. L'acheteur public peut juridiquement, au titre de la procédure de passation de ces "contrats publics d'expérimentation hors travaux de R&D", avoir recours à une procédure concurrentielle négociée<sup>240</sup> ou à un dialogue compétitif<sup>241</sup>, en fonction de son aptitude à définir avec clarté et précision son besoin<sup>242</sup>.

---

<sup>237</sup> Pour rappel, il peut notamment être question de « *la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques commerciales, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, ce qui exclut les changements s'appuyant sur des méthodes organisationnelles déjà en usage dans l'entreprise, les changements dans la stratégie de gestion, les fusions et les acquisitions, la cessation de l'utilisation d'un procédé, le simple remplacement ou l'extension de l'équipement, les changements découlant uniquement de variations du prix des facteurs, la production personnalisée, l'adaptation aux marchés locaux, les modifications régulières ou saisonnières et autres changements cycliques, ainsi que le commerce de produits nouveaux ou sensiblement améliorés* ».

<sup>238</sup> Nous pouvons citer, à titre d'exemple, les travaux menés sur la mobilité en zone urbaine consistant à changer le comportement des citoyens afin que ces derniers pensent le trajet dans le sens d'un partage des véhicules privés.

<sup>239</sup> JOUEN (M.), « L'expérimentation sociale prend sa place dans l'Union européenne », *Informations sociales*, 2012/6, n°174, p. 156.

<sup>240</sup> Article 71 à 73 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>241</sup> Article 75 à 76 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>242</sup> ROMAN-SEQUENSE (B.), « Conditions du recours à la procédure du dialogue compétitif », *Contrats et marchés publics*, n°4, avril 2014, p. 48, note sous Rép. Min. n°37504 : JOAN Q 11 fév. 2014, p. 1357.

Dans certaines circonstances l'autorité adjudicatrice pourra également recourir aux procédures sans publicité ni mise en concurrence, instaurées à l'article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics<sup>243</sup>. Ce sera notamment le cas lorsque le contrat porte sur des travaux, fournitures ou services qui ne peuvent être fournis que par un opérateur économique en particulier, en raison de la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de la propriété intellectuelle<sup>244</sup>. A titre d'exemple, cette situation pourra se présenter si l'expérimentation doit être menée sur la base d'un brevet spécifiquement possédé par une entreprise.

*In fine*, afin d'établir ce type de relation contractuelle portant sur la réalisation d'un programme expérimental hors R&D, l'administration pourrait envisagée de passer par la procédure du concours défini comme « *un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet* »<sup>245</sup>. Il est précisé, par ailleurs, que ces plans ou projets s'insèrent « *notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données* »<sup>246</sup>. Mais cette liste est manifestement non exhaustive et il est donc possible de considérer que participants aux projets d'expérimentation puissent également être sélectionnés sur la base d'un concours. Dans ces circonstances, il faudra faire application des prescriptions sur cette thématique du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> RALLU (B.), « Achat public innovant, la prise de conscience », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 29.05.2015.

<sup>244</sup> Article 30, I, 3 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>245</sup> Article 8, ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>246</sup> *Idem*.

<sup>247</sup> Article 88 à 89 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

## C. Le partenariat d'innovation

Nous commencerons avec une définition de ce type de contrat, avant d'en exposer avec plus de précision la procédure et les éléments essentiels<sup>248</sup>.

### 1. Définition

Le partenariat d'innovation est un marché public<sup>249</sup>, doté d'une procédure sui generis<sup>250</sup>, ayant un double objet, d'une part la réalisation d'un programme de R&D, d'autre part, l'acquisition de la solution innovante qui en résulte *in fine*.

Ainsi, l'acheteur peut s'appuyer sur une procédure unique, partant du dépassement d'une incertitude d'ordre scientifique et/ou technique jusqu'à l'acquisition des fruits de cet effort<sup>251</sup>.

Comme le précise en particulier le § 49 du préambule de la directive « Marchés », « lorsque le besoin de développer un produit, un service ou des travaux innovants et d'acquérir ultérieurement des fournitures, services ou travaux qui en résultent, ne peut être satisfait par des solutions déjà disponibles sur le marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir accès à une procédure spécifique de passation de marché pour les marchés relevant du champ d'application de la présente directive. Cette procédure spécifique devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'établir un partenariat d'innovation à long terme en vue du développement et de l'acquisition ultérieure d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, pour autant qu'ils puissent être fournis aux niveaux de prestation et au coût arrêtés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition. (...) Que le partenariat d'innovation porte sur un projet innovant de très grande dimension ou sur un projet de plus petite taille, il devrait être structuré de manière à mettre en place le mécanisme d'incitation induite par la demande du marché qui est nécessaire pour stimuler le développement d'une solution innovante sans verrouiller le marché »<sup>252</sup>.

---

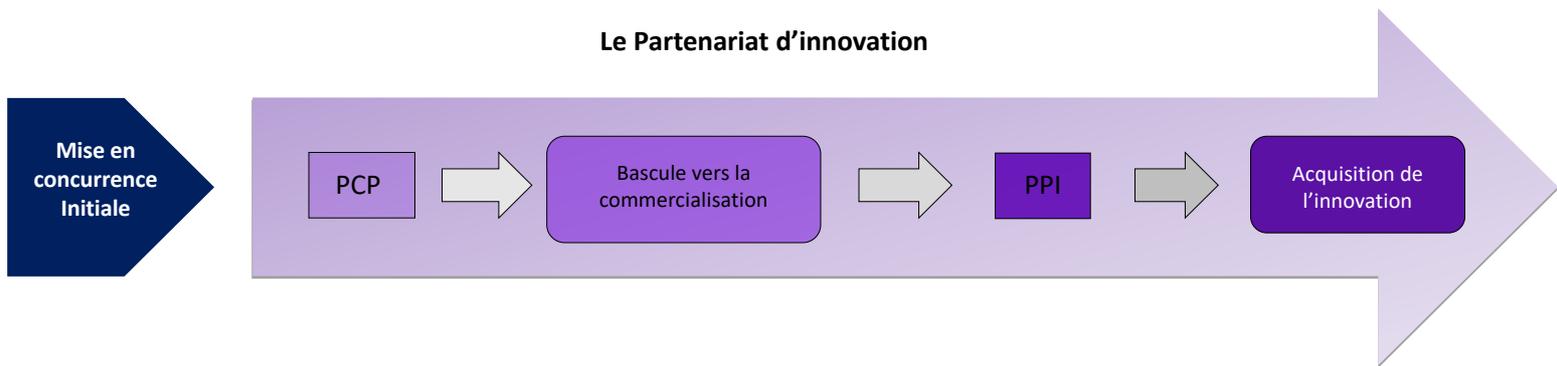
<sup>248</sup> [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/partenariat-innovation.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/partenariat-innovation.pdf) ; voir également, MIALOT (C.), POULARD (T.), « Conseils pour réussir un partenariat d'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 47 ; voir par ailleurs, ADDA (D.), « La gestion des risques dans les partenariats d'innovation », *Contrats Publics*, n°165, mai 2016, p. 57-62.

<sup>249</sup> Article 93 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>250</sup> LINDITCH (F.), « Le partenariat d'innovation, une procédure sui generis », JCP-A, n°51-22, 22 décembre 2014, p. 1 : « Le partenariat d'innovation a été créé afin de favoriser la recherche et l'innovation dans le cadre de la commande publique. Son originalité tient au fait qu'il constitue tout à la fois une nouvelle procédure de sélection (lorsqu'il met en présence plusieurs attributaires) et nouveau contrat comportant des clauses originales (innovation, protection de la propriété intellectuelle) et susceptibles d'évoluer tout au long de l'exécution du marché »

<sup>251</sup> SESTIER (J.-F.), « Partenariat d'innovation : réflexions liminaires », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 22 ; voir également, HENNETTE-JAOUEN (K.), « Le partenariat d'innovation, modes d'emplois », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 26 : « le partenariat d'innovation permet de réunir dans le cadre d'une unique procédure passation et un même cadre contractuel, un ensemble de prestations qui font normalement l'objet de procédures et contrats distincts (...) l'acheteur public peut conclure une relation de longue durée englobant l'ensemble des prestations allant de la recherche et développement à l'acquisition de la solution ou du produit innovant qui en résulte ».

<sup>252</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, L. 337/19 ; voir également le texte similaire qui apparaît au considérant 59 de la Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.



*Figure n°27 : Présentation du partenariat d'innovation*

L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision doit être indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation<sup>253</sup>.

L'établissement d'un partenariat d'innovation n'a lieu d'être que lorsqu'il est question d'acheter des fournitures, des travaux ou des services innovants, au sens où ils ne sont effectivement pas disponibles sur le marché et que cette indisponibilité résulte de difficulté scientifique et technique justifiant un effort de R&D.

En d'autres termes, si la solution innovante que cherche à obtenir l'acheteur peut être établie sans avoir à dépasser une incertitude d'ordre scientifique et technique, la mise en œuvre d'un partenariat d'innovation n'a pas lieu d'être<sup>254</sup>. L'instrument que constitue le partenariat d'innovation concerne tous les acheteurs du secteur public, qu'il s'agisse de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices<sup>255</sup>.

Il en résulte que le recours au partenariat d'innovation nécessite préalablement – comme nous l'avons souligné précédemment en évoquant la notion d'innovation – de réaliser un large état des lieux du marché. La constitution de cette phase de "sourçage" relativement à l'existant antérieur nécessitera parfois de conclure, dans un premier temps, un marché d'étude spécifiquement dédié<sup>256</sup>.

## 2. La définition du besoin

Dans le cadre d'un partenariat d'innovation, un paradoxe peut être souligné. D'une part, le besoin porte sur des travaux, fournitures ou services qui ne sont pas encore disponibles sur le marché puisqu'il n'existe pas encore. D'autre part, l'acheteur doit tout de même avoir une connaissance précise des objectifs et des moyens humains, matériels et financiers pour les atteindre. Il en résulte que si ces points restent inconnus, il sera nécessaire de conclure un marché de service, plus spécifiquement un marché de conseil, afin d'obtenir toute l'assistance nécessaire à l'obtention de toutes les données, préalablement au lancement du contrat d'innovation<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> CHARREL (N), « Définition du partenariat d'innovation », *Le moniteur*, juin 2018.

<sup>254</sup> PLANCHON (S.), *Le partenariat d'innovation : Une piste possible pour la construction de la sécurité civile de demain*, Mémoire, Science Po Aix, p. 34.

<sup>255</sup> Article 94 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>256</sup> MIALOT (C.), POULARD (T.), « Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°6, novembre 2016, dossier 49.

<sup>257</sup> ESTIER (J.-F.), « Partenariat d'innovation : réflexions liminaires », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 22 ; voir également, HENNETTE-JAOUEN (K.), « Le partenariat d'innovation, modes d'emplois », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 28 : « le constat de l'absence du produit ou du service sur le marché peut impliquer pour l'acheteur public de recourir à des études préalables de "sourçage" ou "request for information". Ces démarches consistent en la réalisation d'une veille sur les acteurs économiques disponibles sur un marché donné, afin d'avoir une connaissance parfaite du tissu économique et technique préalablement à la conclusion du marché public ».

### 3. Procédure

Lorsque le montant du projet est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée<sup>258</sup>, le partenariat d'innovation est conclu sur la base d'une procédure concurrentielle avec négociation (ou d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les entités adjudicatrices)<sup>259</sup>. Le partenariat d'innovation s'inscrivant pleinement dans une logique collaborative, ce choix procédural est cohérent (puisque l'autorité adjudicatrice se retrouve dans l'obligation de négocier les offres des candidats)<sup>260</sup>.

Au niveau des candidatures, la sélection s'appuie principalement sur les capacités et autres compétences des soumissionnaires tant dans le domaine des activités de R&D que dans l'élaboration, la mise en œuvre industrielle et commerciale d'une solution innovante.

Au terme de cette première phase de sélection, les candidats retenus sont invités à remettre leurs offres, sur le fondement desquels, des négociations s'instaureront, durant lesquels l'acheteur ne pourra pas révéler les solutions envisagées (ou toutes autres informations confidentielles) sans l'accord du potentiel fournisseur qui en est à l'origine. Au terme de ces négociations, l'acheteur public sollicite une dernière fois les prestataires pour qu'ils remettent chacun une offre finale. Le pouvoir adjudicateur doit alors classer ces offres définitives en fonction des critères de sélection qu'il a fixé unilatéralement dans le règlement de la consultation.

### 4. Détermination du prix

Étant donné que le partenariat d'innovation porte, forcément, sur la conception, la fabrication et l'acquisition de fournitures, de travaux ou de services qui n'existent pas encore, le prix ne peut pas être précisément déterminé au stade de la rédaction des documents de consultation. Pourtant, le droit de la commande publique impose à l'acheteur de fixer dès la signature du contrat, le cadre dans lequel s'effectuera la rémunération du titulaire et cela pour chacun des phases. Sur ce point, l'article 94, II, du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 dispose que « *le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase* ».

Cet impératif se fonde sur les dispositions de l'article 39 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 qui précise que l'acheteur public doit prévoir « *la durée d'exécution ainsi que le prix ou ses modalités de fixation, et le cas échéant ses modalités d'évolution* ».

---

<sup>258</sup> Article 21 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : « *IV. - 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* ».

<sup>259</sup> Article 95, I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : « *Les partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable sous réserve des dispositions suivantes* » ; voir également, HENNETTE-JAOUEN (K.), « *Le partenariat d'innovation, modes d'emplois* », Contrats Publics, n°184, février 2018, p. 29 : « *L'intérêt de ces procédures est de permettre un rapprochement entre l'acheteur public et les candidats, afin d'affiner le plus précisément possible l'objet du besoin d'innovation à satisfaire et le cadre contractuel du partenariat d'innovation, afin d'aboutir à l'émergence d'une solution innovante sur mesure* ».

<sup>260</sup> MIALOT (C.), POULARD (T.), « *Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience* », Cahiers de droit de l'entreprise, n°6, novembre 2016, dossier 49.

Il en résulte deux points.

1. En l'absence de toute indication relative au prix ou aux conditions de paiement, le contrat sera déclaré nul et non avenu<sup>261</sup> ;
2. L'autorité adjudicatrice doit nécessairement faire mention d'un prix déterminé ou du moins déterminable et doit également indiquer les modalités de fixation et/ou d'évolution<sup>262</sup>. Ce prix doit fixer un niveau maximum des coûts globaux à ne pas dépasser<sup>263</sup>.

Le risque est alors le suivant. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur fixerait, *a priori*, un prix définit d'acquisition de la solution innovante sans commune mesure avec la valeur exacte de la prestation réalisée, il ne pourrait pas acquérir de manière définitive l'innovation issue de ce partenariat<sup>264</sup>. Comme pour les autres marchés publics, plus "classiques", il ne peut pas y avoir de modifications substantielles apportées dans l'équilibre du marché<sup>265</sup>. Ce n'est donc *qu'a minima* que l'acheteur pourra s'adapter<sup>266</sup>. Si le prix a été mal fixé en amont, l'acheteur sera obligé de relancer à nouveau une procédure de mise en concurrence (le plus probablement une procédure concurrentielle avec négociation, au titre de l'achat d'une solution innovante).

Afin de surmonter cet écueil, il est conseillé de l'anticiper en incluant, dans le cadre des documents de la consultation, notamment dans le CCAP, une clause indiquant que le prix, correspondant à chaque phase, doit être redéfini aux termes de la phase qui la précède. Il convient donc de prévoir en amont les mécanismes de détermination progressive du prix de chaque phase. Le tout en respectant l'exigence du coût maximum que le pouvoir public ne doit pas dépasser<sup>267</sup>.

Pour ce faire, il semble préférable d'avoir recours au système du « *prix provisoire* »<sup>268</sup>. D'ailleurs, les dispositions de l'article 19.II.5° du décret effectuent une précision importante puisqu'elles indiquent qu'il est possible de former un contrat sur la base d'un prix provisoire « *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* »<sup>269</sup>.

L'établissement de ce prix provisoire implique de fixer, dans le contrat, les modalités contractuelles à partir desquelles le prix sera définitivement fixé, notamment à quelle date et dans quelles circonstances, tout en respectant le plafond de rémunération qui a été obligatoirement établie en amont.

---

<sup>261</sup> CE, 28 mars 1980, *Sté Cabinet 2000*, req. n°07703.

<sup>262</sup> MATHARAN (X.), NOEL (M.), « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 32.

<sup>263</sup> Article 94. III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

<sup>264</sup> *Op. cit.*

<sup>265</sup> Article 139, du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>266</sup> Pour rappel, l'article 94. III du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, dispose que « *l'acheteur ne peut acquérir les produits, les services ou les travaux résultat 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* ».

<sup>267</sup> MATHARAN (X.), NOEL (M.), « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 33.

<sup>268</sup> Article 19, alinéa 1<sup>er</sup> du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *il est possible de conclure des marchés publics à prix provisoires* ».

<sup>269</sup> Article 19.II.5 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Ce coût plafond devrait se voir appliquer une formule de révision des prix. Cela permettrait à ce plafond de s'adapter aux évolutions du contexte économique.

En outre, une clause d'intéressement (ou « *clause incitative* ») pourrait avoir sa place, relativement à la fixation du prix, dans le cadre d'un partenariat d'innovation<sup>270</sup>. L'idée serait alors de tendre vers une amélioration des performances du ou des titulaires. Ces derniers pourraient se voir récompenser notamment s'ils parviennent à réduire les délais d'exécution, à augmenter la qualité de leur prestation ou encore, à réduire significativement les coûts de production de la solution innovante finale<sup>271</sup>.

En conséquence, force est de constater que les instruments juridiques existent. L'administration pourra alors développer une gestion financière équilibrée et maîtrisée, afin d'éviter que les coûts de rémunération augmentent de manière exponentielle. Il faudra tout de même parvenir, pour l'acheteur public, à trouver un équilibre entre la nécessaire évolution des prix et des modifications telles qu'elles finiraient par perturber significativement l'équilibre financier du contrat<sup>272</sup>.

## 5. Exécution : le phasage du Partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est obligatoirement scindé en deux phases distinctes, (qui peuvent elle-même faire l'objet, optionnellement, d'un découpage interne en plusieurs phases), la R&D et l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux (qui résultent du programme de R&D). En théorie, c'est un découpage en trois phases qui est le plus souvent employé par les acheteurs publics. Ils y distinguent, la phase de recherche scientifique, celle de développement expérimental et celle de fabrication/acquisition de la solution innovante<sup>273</sup>.

Cette structuration permet à l'acheteur de sauvegarder, au terme de la phase de R&D, une option relative au fait d'acheter, ou non la solution en fonction de l'effort scientifique et/ou technique fournie dans un premier temps. Ainsi, l'acquisition de la solution innovante devient, dans le contexte du partenariat d'innovation, une prestation accessoire dans ce contrat dont l'objet principal reste et doit demeurer la conduite d'un programme de R&D.

Sur ce point, le droit de la commande publique dispose que « *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 de n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation* »<sup>274</sup>. Il en résulte que l'acheteur doit préciser, avec clarté, dans les documents contractuels qui constituent le partenariat d'innovation, les objectifs que son ou

---

<sup>270</sup> Article 17, alinéa 2 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.* »

<sup>271</sup> MATHARAN (X.), NOEL (M.), « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 34.

<sup>272</sup> MATHARAN (X.), NOEL (M.), « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 33 : « *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.* »

<sup>273</sup> HENNETTE-JAOUEN (K.), « *Le partenariat d'innovation, modes d'emplois* », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 30.

<sup>274</sup> Article 94 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

ses fournisseurs devront atteindre à la fin des activités de R&D<sup>275</sup>. C'est en fonction des résultats obtenus que le pouvoir adjudicateur choisira de poursuivre ou non le partenariat. Pour davantage d'informations sur le thème du partenariat d'innovation, nous vous invitons les acheteurs à consulter la fiche de la DAJ prévue à cet effet<sup>276</sup>.

Par ailleurs, l'article 94 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 dispose que « *la répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation* »<sup>277</sup>. Se pose alors la question de l'exploitation des biens intellectuels générés lors de la création de la solution innovante (travaux, fournitures ou services). Cette disposition appelle un développement spécifique relative au régime de la propriété intellectuelle dans le cadre des partenariats d'innovation.

## 6. Régime de la propriété intellectuelle

La question des droits de propriété intellectuelle est essentielle lors de l'établissement d'un partenariat d'innovation. Les rapports avec le titulaire et l'équilibre économique du contrat sont fortement influencés en fonction du régime juridique sélectionné. Cette problématique doit déjà être pensée dès le stade de la définition du besoin. L'acheteur doit déterminer la marge de manœuvre dont il devra disposer pour utiliser comme il l'entend la future solution innovante. Il devra également anticiper les potentiels externalités positives générer par ces « *biens intellectuels* »<sup>278</sup> nouveaux<sup>279</sup>.

Les droits de propriété intellectuelle concernent toutes les étapes du partenariat d'innovation. Tout d'abord, au niveau de la définition préalable du besoin, l'autorité adjudicatrice doit se poser une première série de questions : Quelles utilisations de la solution innovante entend-il effectuer ? Est-il dans une logique d'exclusivité ou de partage ? Si le partage est de rigueur, quel retour sur-investissement peut-il escompter ? Si le partenariat s'organise dans le cadre d'un groupement de commande, comment répartir la propriété immatérielle ?

Ensuite, l'acheteur public doit gérer, en amont, son obligation de déterminer la répartition des droits de propriété intellectuelle, avec son titulaire. Il pourra opter pour une concession. Ce qui implique que l'administration ne pourra pas réutiliser les résultats dans le but d'une exploitation commerciale. Cette concession peut être non exclusive, dans le sens où le titulaire peut concéder à des tiers les mêmes droits que ceux qui concernent le pouvoir public. Cette concession peut être à titre exclusif et dans cette hypothèse, seul le pouvoir adjudicateur peut en bénéficier. Il pourra également opter pour la cession. En l'espèce, l'opérateur économique transfère l'intégralité de la propriété intellectuelles attachés aux résultats du partenariat d'innovation. A titre exclusif, l'acheteur sera le seul autorisé à exploiter la solution innovante. A titre non

---

<sup>275</sup> ESTIER (J.-F.), « Partenariat d'innovation : réflexions liminaires », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 24 : « *il s'agira d'installer des instruments de mesure objectifs et indiscutables quant à des niveaux de performance à atteindre pour lesquels, et par définition, aucune comparaison possible n'existe sur le marché* ».

<sup>276</sup> <https://www.economie.gouv.fr/daj/partenerariat-innovation>

<sup>277</sup> Article 94 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>278</sup> BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel*, Lexis Nexis, Paris, 2007, 764 pages, l'auteur définit les « biens intellectuels », comme « les choses issues de l'esprit humain dans l'exercice d'une activité créatrice, susceptibles d'appropriation indépendamment de tout support, qui constituent des apports en nature venant enrichir l'actif d'une société ».

<sup>279</sup> POISSON (A.), « Partenariat d'innovation et propriété intellectuelle », *Contrats Publics*, n°184, février 2018.

exclusif, le titulaire pourra également exploiter cette dernière. Les parties pourraient également envisager une copropriété intellectuelle, entre elles<sup>280</sup>.

Sur un plan strictement formel, le pouvoir adjudicateur doit prévoir dans les pièces contractuelles du partenariat d'innovation, des lignes de prix correspondant à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle nouvellement établis. Chaque ligne correspondant à une phase du marché. Une possibilité de faire évoluer ; via une clause spécifique, au cours de l'exécution du contrat, le régime de propriété intellectuelle, à la condition de ne pas perturber son équilibre devrait être instaurée. Cette souplesse contractuelle s'allie parfaitement avec la structure souple du partenariat d'innovation, sans pour autant engendrer un bouleversement de l'équilibre général du contrat<sup>281</sup>.

Par ailleurs, sous réserve des clauses de confidentialité, il est possible d'envisager la publication des résultats (tout particulièrement scientifique) obtenus dans le contexte de revues spécialisées dans le domaine concerné<sup>282</sup>. De manière générale, le pouvoir public à l'origine de ce partenariat d'innovation pourrait également envisager une diffusion (en tout ou partie) des résultats auprès du public. Dans ces conditions, la patrimonialisation de ces derniers, via la constitution de droits de propriété intellectuelle n'aurait plus (en tout cas en partie) lieu d'être.

## 7. Quelques exemples

Depuis son arrivée dans l'ordonnancement juridique français, des partenariats d'innovation ont été établis, par différentes structures publiques, dont les domaines d'action sont particulièrement hétérogènes. Quelques exemples peuvent être cités afin d'illustrer les propos tenus ci-dessus.

(i). La SNCF a conclu, pour une durée de 6 ans, avec le groupe Alstom le 1<sup>er</sup> septembre 2016, un partenariat d'innovation ayant pour objet la création du « *train du futur* ». A terme, ce contrat doit permettre à l'entité adjudicatrice de concevoir puis d'acquérir un train dont les coûts énergétiques d'exploitation devrait être diminué de 20 % et ceux de consommation de 25 %. Ce marché est structuré en trois phase. Premièrement, une partie de recherche scientifique, ensuite une phase de fabrication du véhicule, enfin la mise en service de ce dernier pour fin 2022<sup>283</sup>.

La SNCF a d'ailleurs cherché à innover dans le cadre de son processus achat afin de cadre avec les exigences propres au partenariat d'innovation. A titre d'exemple, elle a écarté toutes les candidatures dont les capacités se limitaient à la phase R&D. Si l'opérateur économique n'était pas apte à s'occuper de la dimension industrielle du projet, il n'était pas admis à présenter une offre ultérieure. Par ailleurs, considérant qu'il était impossible de noter techniquement une offre inexistante et de comparer ses prix, les méthodes de notation des offres ont été modifiées. Les

---

<sup>280</sup> *Idem.*

<sup>281</sup> *Idem.*

<sup>282</sup> *Idem.*

<sup>283</sup> HENNETTE-JAOUEN (K.), « *Le partenariat d'innovation, modes d'emplois* », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 29.

axes d'évaluation ont alors été, premièrement, la méthodologie de R&D, deuxièmement ; le respect du prix de vente plafond, en dernier lieu, l'organisation globale du projet<sup>284</sup>

(ii). La Métropole de Rennes a établi un partenariat d'innovation afin d'expérimenter, de fabriquer, puis d'acheter un réseau intégral de bus dont le fonctionnement serait à 100 % assuré par l'énergie électrique. Le contrat « *BlueBus* » a été conclu pour une durée totale de 4 ans avec le groupe Bolloré<sup>285</sup>.

(iii). Le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) a conclu un partenariat d'innovation dans l'optique de concevoir et d'acheter un système permettant de fabriquer en série des « *armoires basse et très basses tension* » destinées à équiper des stations sismologiques. L'objectif étant d'obtenir des données affinées sur la situation sismique du territoire français<sup>286</sup>.

(iv). Le Réseau des acheteurs hospitaliers d'Ile-de-France (RESAH) a pour sa part utilisé la procédure du partenariat d'innovation afin d'établir un contrat global lui permettant de mettre au point une offre de services nouvelle, relative aux supports des activités de télésurveillance médicale<sup>287</sup>.

(v). Plus récemment, le Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP), groupé avec l'Agence métropolitaine des déchets ménagers (SYCTOM), ont lancé ensemble un partenariat d'innovation, qui devrait être conclu pour une durée de 8 ans. L'objet de ce contrat porte sur la conception d'un nouveau procédé de traitement des déchets organiques et des boues. De manière générale, cette solution encore inexistante devrait permettre de limiter la pollution issue de la prolifération des déchets. Ce partenariat devrait se dérouler en trois phases. Une phase de recherche scientifique, une étape de développement d'un démonstrateur technologique puis, un dernier temps concernant le passage à l'échelle (construction et acquisition)<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> BUSSY (N.), CRESPELLE (R.), GUIBOUT (L.), MAVROIDIS (E.), « Les partenariats d'innovation de le SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *Contrats Publics*, n°184, février 2018, p. 53 et s.

<sup>285</sup> *Idem.*

<sup>286</sup> *Idem.*

<sup>287</sup> *Idem.*

<sup>288</sup> *Op. cit.*

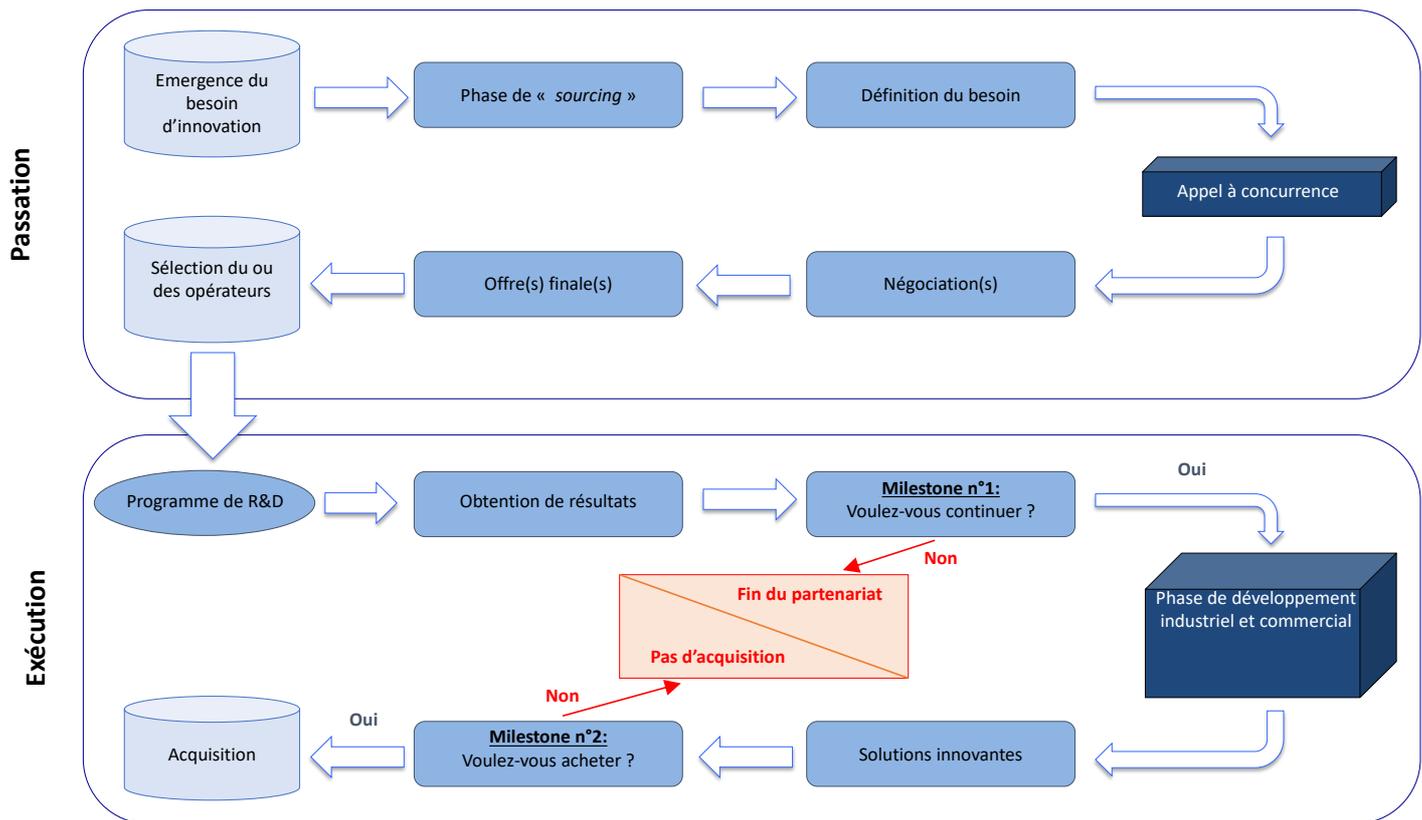


Figure n°28 : Modélisation du partenariat d'innovation

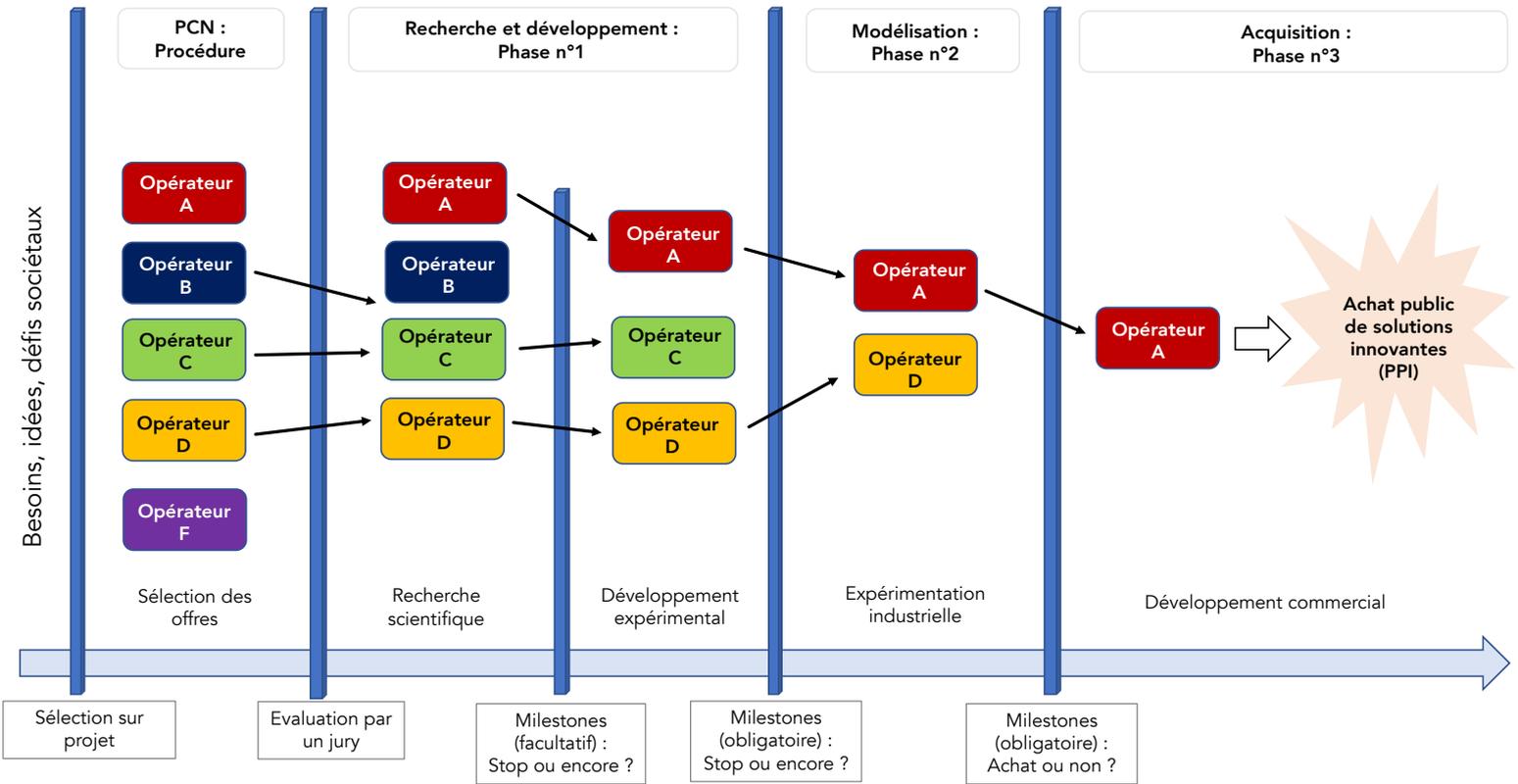


Figure n°29 : Modélisation du partenariat d'innovation en multi-attributaire

## Hypothèse n°2 : disponibilité de la solution

Partons désormais du postulat inverse. Dans cette optique, la solution, eu égard aux critères détaillés *supra*, est considérée comme disponible, littéralement elle existe (sur le marché, dans la pratique...) d'où il résulte qu'il est possible de l'acquérir pour répondre à un besoin du secteur public.

En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur ne joue pas un rôle de catalyseur, relativement à cette solution, puisqu'il n'a pas participé à son élaboration (comme c'est en revanche le cas lorsqu'il s'agit de faire émerger une nouveauté, via les modes et montages présentés dans l'hypothèse n°1).

A quelles conditions est-il possible de considérer que l'acquisition de cette solution nouvelle relève de la catégorie des achats innovants ?

Répondre à cette question revient à évaluer le caractère innovant de cette solution déjà disponible. Or, afin d'opérer cette évaluation, il est nécessaire de fixer les critères qui permettront de constater ledit caractère innovant.

Cependant, le droit de la commande publique donne peu de précision concernant ce dernier point. Pour rappel, dans le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, l'innovation est exprimée en ces termes, sans plus de précision :

*« 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 »*<sup>289</sup>

Il en résulte qu'aucun critère, qui permettrait aux acteurs de l'innovation dans le secteur public (acheteurs, juristes, chargés de mission...) de s'assurer qu'en achetant une solution déjà existante ils acquièrent effectivement une innovation, n'est réellement fixé juridiquement.

Afin de pallier cette carence, nous proposons d'établir un faisceau d'indices qui tendent à mettre en lumière le fait que la solution disponible constitue une innovation, ce qui par extension, justifie le recours à une procédure de passation et à un contrat spécifiquement adapté à l'achat de solution innovante déjà existante.

Quelques précisions avant d'exposer ces indices. Cette liste n'est pas exhaustive. Les indices qu'elle contient sont pas cumulatifs. Aucun de ces critères n'a fait l'objet d'une validation juridique dans un texte ou via une jurisprudence (en lien avec le droit de la commande publique).

Pour autant, nonobstant ces écueils, l'élaboration de ce faisceau constitue un fondement solide sur lequel les acteurs de l'innovation dans le secteur public pourront s'appuyer pour travailler leur stratégie en matière d'achat innovant.

---

<sup>289</sup> Art. 25, décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

En outre, comme cela a été souligné précédemment, le fait de disposer de certains éléments objectifs pour qualifier une solution disponible d'innovante permet de justifier le recours à des procédures spécifiques.

Ainsi, les principaux critères seront identifiés (I), puis les spécificités des achats publics de solutions innovantes – comprendre d'innovations disponibles donc existantes – seront exposées (II).

## I. Les indices possibles

Nous avons identifié une série de cinq indices qui pourraient être utilisés afin de déterminer si une solution nouvellement existante constitue, de manière effective une innovation et peut donc, par extension, faire l'objet d'un achat innovant.

### A. La temporalité

Ainsi que cela a été indiqué précédemment, par principe le champ des achats publics innovants ne s'étend pas aux fournitures, travaux et services déjà commercialisés<sup>290</sup>. Une exception est cependant admise. Cette catégorie d'acquisition pourra être intégrée si « *la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans* »<sup>291</sup>. Cependant, même s'il est possible de comprendre son intérêt, force est de constater que cette limite temporelle n'a pas réellement lieu d'être.

En premier lieu, sur un plan strictement juridique, elle ne repose sur aucune contrainte normative. Elle est précisée dans une circulaire du Premier Ministre. Cependant, si cette dernière s'adresse uniquement aux services de l'État et à ses établissements publics. Surtout, elle n'est pas fondée relativement au cadre légal posé par le droit communautaire. Une telle délimitation n'est à aucun moment évoquée.

En second lieu, cela a déjà été évoqué *supra*, dans une approche économique – au sens large – cette limite n'a pas vraiment de sens. Même après deux années de commercialisation, un produit peut rester nouveau ou sensiblement amélioré, par rapport à l'état du marché. A contrario, un produit qui, au moment de son introduction sur le marché, était effectivement nouveau ou significativement amélioré peut ne plus l'être, en moins de deux ans, eu égard aux évolutions des offres proposées par la concurrence.

---

<sup>290</sup> PactePme, *Guide de bonnes pratiques en innovation ouverte – Aider PME et grandes entreprises à mieux co-innover*, Mars 2016 : « Pour la direction générale des entreprises (ex direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services DGCIS du ministère de l'économie et des finances), les achats innovants sont les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant. Les achats de R&D ayant pour objet de favoriser l'émergence de solutions qui n'existaient pas sur le marché sont également pris en compte. Les achats de produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation. Ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans, et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle à un besoin existant. »

<sup>291</sup> Circulaire du Premier Ministre, *Soutien à l'innovation par l'achat public*, 23 septembre 2013.

En dernier lieu, la France est l'un des seuls pays membres de l'OMC à s'appuyer sur délimitation temporelle stricte du concept « *d'achat public innovant* ». Ni l'Espagne, ni le Royaume-Uni, ni l'Allemagne ne considèrent que lorsque les contrats publics qui portent sur des solutions innovantes déjà accessibles, les autorités contractantes soient dans l'obligation de vérifier si cette commercialisation est intervenue depuis moins de deux ans<sup>292</sup>. Il est possible de considérer qu'en s'imposant une telle règle, les pouvoirs adjudicateurs français limitent leur champ d'action possible en matière d'achat public innovant.

Pour autant, il faut admettre que le recours à un critère temporel strict est particulièrement utile lorsqu'il est question d'établir un faisceau d'indices permettant de déterminer si une solution est déjà disponible et si elle peut tout de même être qualifiée d'innovante. Certaines innovations qui auront intégré l'état de l'art depuis plus de deux ans ne pourront pas être comptabilisées. Mais, théoriquement, dans l'ensemble la tâche de l'acheteur est grandement facilitée.

Ce ne sera cependant le cas qu'à la condition de se doter d'instrument de veille permettant de connaître, le plus précisément possible la date de commercialisation d'une solution innovante. En ce qui concerne les fournitures (les produits) la tâche ne devrait pas être trop ardue. En revanche, en ce qui concerne les procédés de construction, les matériaux et les services, il sera certainement plus difficile d'opérer cette tâche. Cela pourrait même devenir particulièrement complexe s'il s'avère, par exemple, que l'achat public porte sur une expérimentation menée dans l'optique d'introduire un nouveau modèle organisationnel.

Ainsi, même s'il n'est pas possible de nier son utilité, le critère de la temporalité, concernant l'évaluation des offres innovantes déjà existantes ne semble pas pouvoir être considéré, ni comme un indice nécessaire, ni comme un indice suffisant pour déclencher la qualification d'achat public innovant et, par extension, justifier le recours à des procédures de passation ainsi qu'à des formats contractuels spécifiques.

En conséquence, d'autres indices doivent donc être recherchés, en complément de cette réflexion sur la temporalité des offres déjà disponibles.

## **B. Le statut de l'opérateur**

Outre la temporalité, l'acheteur peut également s'intéresser au statut juridique de l'opérateur économique qui propose la solution potentiellement innovante. Deux situations peuvent être distinguées, d'une part, celles des jeunes entreprises innovantes (1), d'autre part, celles des établissements publics à caractère scientifique et technologique et autres établissements publics de recherche (2).

---

<sup>292</sup> Direction Générale du Trésor, *Étude comparative internationale – Achats publics innovants*, Octobre 2017.

## 1. Les jeunes entreprises innovantes

Dans certains cas, des entreprises, en raison de leur propension à investir dans des programmes de R&D afin de proposer, par la suite, des produits, procédés ou services nouveaux par rapport au marché, bénéficient d'avantages particuliers. Cependant, puisqu'il n'existe pas, à proprement parler de statut juridique spécifique pour les startups, qui peuvent être définies comme des « *jeunes entreprises à fort potentiel de croissance en phase de développement d'un produit ou d'un service et surtout à la recherche de leur modèle économique* », il est nécessaire de fonctionner par analogie<sup>293</sup>.

En l'occurrence, l'idée est la suivante, lorsqu'un opérateur économique – français – dispose du statut de « Jeune entreprise innovante » ou de « Jeune entreprise universitaire », il existe, de facto, une présomption positive sur le fait que leurs offres peuvent être qualifiées de solutions innovantes.

En ce qui concerne la « *Jeune entreprise innovante* » l'opérateur économique doit, notamment, être une PME, avoir moins de 8 ans d'existence et réaliser des dépenses de recherche représentant au moins 15 % de ces charges fiscalement déductibles.

En ce qui concerne la « *Jeune entreprise universitaire* », qui constitue une sous-catégorie spécifique des JEI, elle doit appartenir pour au moins 10 % à des étudiants (ou de personnes diplômées d'un master ou d'un doctorat depuis moins de 5 ans), avoir pour activité principale la valorisation de travaux de recherche réalisés dans le cadre d'établissement public à caractère scientifique et technique.

Les opérateurs économiques qui se voient attribuer ces statuts bénéficient d'avantages sur le plan fiscal<sup>294</sup> et d'une exonération de cotisation relativement aux dépenses de sécurité sociale pour les personnes qui participent à l'effort de R&D<sup>295</sup>.

Pour en revenir au sujet de base, il est indéniable que si l'acheteur se voit proposer une offre par un opérateur bénéficiant d'un de ces statuts, il peut sereinement envisager le fait qu'il soit question d'une innovation.

---

<sup>293</sup> BECK (M.), *Éclairage sur l'achat d'innovation*, DAE, présentation du 15 janvier 2018.

<sup>294</sup> Les entreprises possédant le statut de JEI peuvent bénéficier de plusieurs avantages fiscaux : exonération totale d'impôt sur les bénéfices (impôt sur le revenu ou impôt sur les sociétés) pour les résultats du premier exercice ou de la première période d'imposition bénéficiaire et application d'un abattement de 50 % au titre de l'exercice ou de la période d'imposition bénéficiaire suivant ; exonérations pendant 7 ans de la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB), de la cotisation foncière des entreprises (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutées des entreprises (CVAE) sur délibération des collectivités locales ; sous certaines conditions, exonération des plus-values de cession de parts ou actions des JEI détenues par des personnes physiques. L'exonération d'impôt sur les bénéfices est cumulable avec le crédit d'impôt recherche (CIR).

<sup>295</sup> Les entreprises ayant le statut de JEI peuvent, sous certaines conditions, bénéficier d'une exonération de cotisations patronales d'assurances sociales et d'allocations familiales. Ces exonérations portent **sur les rémunérations des personnels** si 50 % de leur temps de travail est consacré au projet de recherche et développement. Ces personnels sont les ingénieurs-chercheurs, techniciens, gestionnaires de projet de recherche et de développement, juristes chargés de la protection industrielle et des accords de technologie liés au projet, personnel chargé de tests pré-concurrentiels, les mandataires sociaux, relevant du régime général de sécurité sociale, qui participent, à titre principal, au projet de recherche et de développement de l'entreprise.

L'exonération est applicable jusqu'au dernier jour de la 7<sup>e</sup> année suivant celle de la création de l'entreprise. Elle s'applique dans la limite d'un double plafonnement : une rémunération mensuelle brute par personne plafonnée à 6 661,20 euros correspondant à 4,5 fois le Smic ; un plafond annuel de cotisations éligibles par établissement, fixé à 196 140 euros (correspondant à cinq fois le plafond annuel de la sécurité sociale).

Cependant, il ne faut pas penser que ce seul indice suffit à distinguer l'existence d'une solution innovante. D'une part, la grande majorité des dépenses consenties par l'entreprise peuvent ne pas être affectées à la réalisation de programme de R&D. D'autre part, ce statut n'implique pas que l'opérateur propose des produits, procédés ou services innovants sur le marché, ou chercher à introduire de nouvelle pratique.

En ce sens, une « *Jeune entreprise innovante* » peut très bien vendre des solutions classiques, qui ne résultent pas d'effort de R&D et qui ne présentent aucun caractère de « *nouveauté* » par rapport aux solutions existantes sur le marché.

## **2. Les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics de recherche**

Tantôt les opérateurs économiques concernés peuvent être des Établissements publics qui « *participent directement au service public de la recherche* »<sup>296</sup> tel que les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics de recherche<sup>297</sup>.

En l'espèce, nous observons l'hypothèse où une personne publique spécialisée dans le secteur de la recherche et du développement expérimental, propose des services, des fournitures ou bien encore des travaux, sur un marché donné<sup>298</sup>. Dans ces conditions, il existera également une présomption légitime que les offres effectuées par ces établissements publics puissent disposer d'un caractère innovant.

Cependant, il sera toujours nécessaire de faire correctement la distinction entre ce qui constitue effectivement une solution innovante, résultant d'un effort expérimental (le plus probablement, dans ces circonstances, d'un programme de R&D) des offres qui résultent d'un (ou de plusieurs) avantage(s) comparatif(s) détenu(s) par l'Établissement public en raison de son lien particulier avec la production scientifique et technique.

Il en résulte que ces Établissements publics de recherche, peuvent proposer des prestations d'études et de conseils, qui s'appuient sur des connaissances antérieures, sans, *stricto sensu* en produire de nouvelles. Mais ce problème concerne surtout les prestations de service et il est probable que les fournitures ou travaux proposés puissent être qualifiées d'innovation.

En tout état de cause, le statut de l'opérateur économique doit être considéré comme un indice pertinent mais insuffisant pour décider l'acheteur à qualifier sa démarche d'achat public de solution innovante.

Il est effectivement plus probable qu'une « *Jeune entreprise innovante* » ou qu'un « *Établissement public de recherche* » propose de vendre des innovations. Mais il n'en demeure pas moins, d'une part, que ce n'est pas systématiquement le cas et, d'autre part, qu'un opérateur économique, public ou privé, peut très bien ne pas disposer d'un statut particulier, en lien avec la R&D, l'expérimentation et l'innovation et tout de même d'offrir, sur le marché, des solutions justement innovantes.

---

<sup>296</sup> Article L. 312-1 du Code de la recherche.

<sup>297</sup> Article L. 311-1 du Code de la recherche.

<sup>298</sup> CALAMARTE-DOGUET (M.-G.), « Les établissements publics à caractère scientifique et technologique, un cadre institutionnel pour la recherche publique », *AJDA*, juillet-août 2002, p. 569

A titre d'exemple, nous pouvons penser à des grands groupes industriels (de type Bouygues, Orange...) qui, en raison de leur structuration, ne sauraient bénéficier du statut de « *Jeune entreprise innovante* » ce qui ne va pas pour autant les empêcher d'expérimenter, pour mieux innover et être plus compétitifs sur le marché.

*In fine*, la question du statut est surtout très utile lorsque l'achat d'innovation cible des PME et que l'administration qui le porte cherche à favoriser ces dernières.

## **C. Le bénéfice d'un crédit d'impôt**

Un autre indice pertinent, mais non suffisant, peut être mis en évidence, il s'agit du bénéfice, pour un opérateur économique, d'un des deux crédits d'impôts suivant le crédit d'impôt en faveur de la recherche<sup>299</sup> et le crédit d'impôt en faveur de l'innovation<sup>300</sup>.

### **1. Le crédit d'impôt en faveur de la recherche**

Concernant le crédit d'impôt recherche, il s'agit d'un dispositif institué en faveur des entreprises industrielles, commerciales et agricoles soumises à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur les revenus. Il s'agit d'une réduction d'impôt calculée en fonction des dépenses de R&D par l'entreprise concernée.

Cette aide fiscale tend à atteindre trois objectifs distincts. En premier lieu, il s'agit d'encourager les efforts de R&D des entreprises françaises. En deuxième lieu, il est question d'augmenter leur compétitivité sur le long terme. En dernier lieu, ce crédit d'impôt vise à renforcer l'emploi des chercheurs et autres ingénieurs<sup>301</sup>.

Par définition, une entreprise qui bénéficie de cette réduction d'impôt est présumée consacrer une partie de son activité à l'exécution de programme de R&D.

Par extension, il est tout à fait légitime de considérer que les produits, procédés et services offerts par un tel opérateur économique doivent intégrer la catégorie des solutions innovantes et donc déclencher un achat d'innovation. Cependant, il n'existe pas de lien direct entre les efforts de R&D consentis par l'entreprise et le caractère innovant des offres qu'elle propose sur le marché.

En ce sens, il n'est pas impossible de considérer que la majorité des travaux, fournitures ou services proposés ne constituent pas des innovations. Il n'en demeure pas moins que ce critère reste très utile puisqu'il permet d'obtenir un premier point d'ancrage lors de l'analyse du caractère innovant d'une offre.

---

<sup>299</sup> Article 244 quater B du Code général des impôts.

<sup>300</sup> Article 71 de la loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

<sup>301</sup> Guide du crédit d'impôt recherche 2017.

## 2. Le crédit d'impôt en faveur de l'innovation

Concernant le crédit d'impôt innovation, il s'agit d'un dispositif qui permet aux PME (et aux PME exclusivement, soit effectif inférieur à 250 personnes et chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros ou bilan inférieur à 43 millions d'euros<sup>302</sup>) d'obtenir le bénéfice d'un crédit d'impôt sur la base de certaines dépenses relatives à des travaux de conception de prototypes ou d'installations pilotes en lien avec de nouveaux produits<sup>303</sup>.

En l'occurrence, est considéré comme un nouveau produit, le bien corporel ou incorporel qui satisfait aux deux conditions cumulatives qui suivent :

- le bien n'est pas encore mis à disposition sur le marché ;
- le bien se distingue des produits existants par des performances supérieures sur le plan technique, de l'éco-conception, de l'ergonomie ou de ses fonctionnalités.

Dans ces conditions, lorsqu'un pouvoir adjudicateur acquiert, une fourniture (*id est* en l'espèce un bien corporel ou incorporel), auprès d'une PME qui bénéficie d'une réduction de son assiette fiscale sur le fondement de ce crédit d'impôt en faveur de l'innovation, il est tout à fait légitime de présumer qu'il puisse s'agir d'une solution innovante.

Cependant, tout comme pour le crédit d'impôt recherche, il n'y a pas de lien direct entre les investissements effectués en interne par l'entreprise, en faveur de la conception d'un produit nouveau et le fait de ne vendre que des biens innovants.

Une partie des ventes réalisés par ces PME peuvent très bien relever de l'achat classique et il ne faut donc pas considérer, ipso facto, que toutes les offres qu'elles peuvent proposer relèvent d'innovation manifeste.

Une fois de plus cet indice est intéressant, pertinent, mais il ne peut pas être déterminant à lui seul pour parvenir à identifier le caractère innovant d'une solution déjà disponible.

---

<sup>302</sup> Annexe I du Règlement (CE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

<sup>303</sup> Article 244 quater B du CGI, II, K.

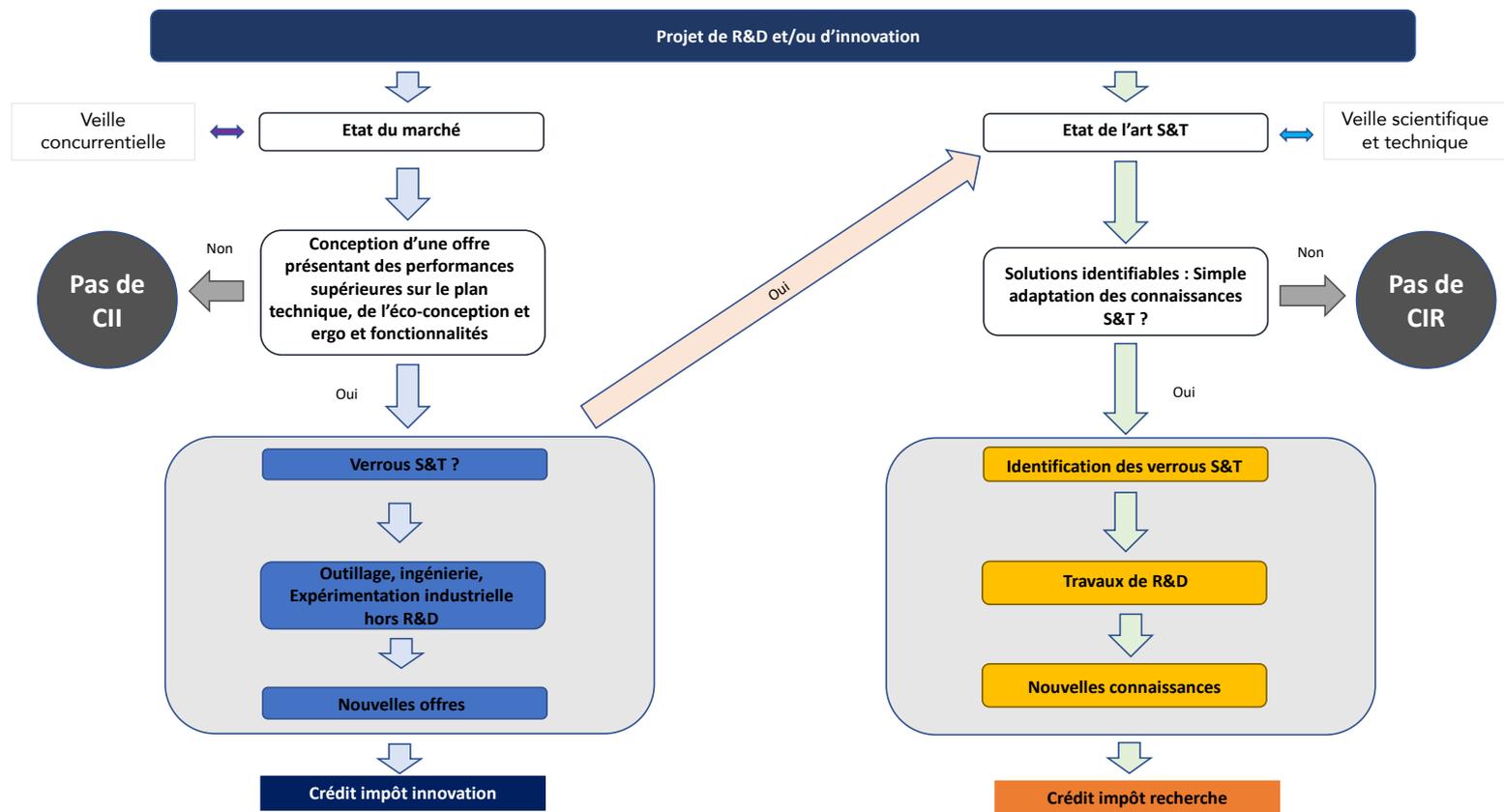


Figure n°30 : Le crédit impôt recherche (CIR) et le crédit impôt innovation (CII)

## **D. Les droits de propriétés intellectuelle**

La présence de droits de propriété intellectuelle, plus spécifiquement d'un brevet, sur la solution que l'acheteur entend acquérir constitue un indicateur efficace concernant le caractère innovant de ladite solution<sup>304</sup>.

Un brevet est un titre de propriété intellectuelle qui confère à son titulaire un monopole d'exploitation sur l'invention brevetée, sur un territoire et lors d'une période donnée.

La principale justification à l'instauration d'une législation favorable à une telle situation de monopole est le fait de vouloir récompenser les inventeurs en leur permettant de bénéficier d'un juste retour sur investissement relativement à l'effort consenti afin d'obtenir une invention.

En outre, pour faire l'objet d'un brevet, une invention doit remplir trois critères cumulatifs. D'une part, l'invention doit être nouvelle, entendre par là qu'elle doit manifestement se distinguer de l'état de l'existant antérieur et qu'elle n'est pas été rendue accessible auparavant. D'autre part, l'invention doit résulter d'une activité inventive et donc ne pas découler de manière évidente de l'état de la technique (selon un homme du métier). *In fine*, l'invention doit potentiellement être applicable sur un plan industriel.

Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur entend acquérir un produit (ou un procédé) et que ce dernier existe sur la base d'un brevet, l'acheteur pourra légitimement considérer qu'il est en présence d'une solution présentant un caractère innovant.

A fortiori, dans cette circonstance, il sera possible d'avoir recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable, en raison de la protection de droit d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle<sup>305</sup>, le monopole d'exploitation dont bénéficie l'opérateur économique en raison du brevet qu'il a déposé, le rendant seul apte à proposer la fourniture ou le service recherché par la personne publique afin de répondre à son besoin.

Il est tout de même nécessaire de s'assurer que l'exclusivité résulte prioritairement de l'absence de solution alternative (ou du moins similaire) sur le marché. Une personne peut tout à fait détenir un brevet sur une solution nouvelle, sans pour autant que son offre soit, strictement sans pareil, par rapport à ce que la concurrence peut proposer à un instant donné.

La présence d'un brevet d'invention tend à caractériser l'existence d'une innovation, mais ne peut pas être considéré comme un indice totalement décisif. En premier lieu, puisque comme nous l'avons observé, le brevet n'implique pas l'absence complète d'alternative. En second lieu, parce qu'un brevet est, par principe, limité géographiquement, sauf à l'avoir déposé auprès de tous les organismes d'enregistrement, dans le monde entier.

---

<sup>304</sup> ADDA (D.), « Commande publique – Propriété intellectuelle, un droit trop souvent négligé », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 7 octobre 2005.

<sup>305</sup> Article 30, I, 3, c) du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « I. - Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ; »

Cela implique qu'un opérateur économique peut disposer d'un monopole, dans un pays ou une zone géographique particulière, sans pour autant être le seul à proposer ce type de solution, qui dès lors (puisqu'il existe des similarités) ne peut plus être qualifiée d'innovation.

En dernier lieu, il est tout à fait possible d'innover sans pour autant déposer de brevet, d'où il résulte que le critère relatif à la présence de droit de propriété intellectuelle ne saurait être retenu comme une condition sine qua non pour qualifier le caractère innovant d'une solution.

En d'autres termes, si par essence l'existence d'un brevet caractérise la présence d'une innovation, cela n'indique pas pour autant qu'un « *achat public innovant* » est possible, puisque ce dernier concept n'intègre pas (ou du moins intègre difficilement) la relativité des droits de propriété intellectuelle.

L'achat innovant doit porter sur des solutions qui à l'égard de tous et au moment où l'acheteur se positionne, sont substantiellement différentes de celles qui sont proposées par la concurrence sur le marché (ou dans une pratique donnée).

Dès lors, il s'agit d'aborder le dernier indice qui subsume ceux exposés précédemment : le critère de la performance.

## **E. La performance : analyse de la "substantialité" de l'innovation**

Il existe un indice qui, sans tendre à l'objectivité absolue, permet d'appréhender de manière décisive le caractère innovant d'une solution déjà disponible sur le marché.

C'est la notion de nouveauté<sup>306</sup> qui est alors au cœur de cette analyse, dans le sens où :

- la solution disponible est innovante parce qu'elle est nouvelle ;
- et elle est nouvelle à la condition qu'elle soit substantiellement plus efficace que les autres offres équivalentes.

Les acheteurs doivent s'assurer que la solution existante, qu'ils considèrent comme innovante et qu'ils entendent acheter, propose de manière effective un niveau de performance significativement supérieur par rapport à la concurrence.

Ici encore, le *sourcing* joue un rôle primordial afin de déterminer les solutions qui présentent, ou non, des performances substantiellement supérieures à celles qui existent simultanément sur le marché. Le *sourcing* se fait toujours à partir de l'état du marché. Le *sourcing* doit permettre de mettre en évidence les carences des autres solutions par rapport à celle qui pourrait faire l'objet d'une acquisition. Si les carences sont manifestes, il s'agit d'un achat innovant. A l'inverse, si aucune carence ne peut être significativement soulignée, il s'agit d'un achat standardisé.

Afin d'analyser le caractère innovant d'une offre en fonction de l'indice relatif à ses performances, nous invitons les acheteurs à s'inspirer de la définition du nouveau produit

---

<sup>306</sup> Par nouveauté, il faut ici entendre ce qui est inédit (dans le sens où rien d'équivalent n'existait auparavant) et ce qui est substantiellement amélioré (dans le sens où il existe des équivalents sur le marché, mais aucun d'entre eux ne parvient à atteindre le niveau de performance de la solution identifiée).

propre au crédit d'impôt en faveur de l'innovation (exposé *supra*)<sup>307</sup>. Pour rappel, en application du k du II de l'article 244 quater B du CGI est considéré comme nouveau produit un bien corporel ou incorporel qui satisfait aux deux conditions cumulatives suivantes. Premièrement, il n'est pas encore mis à disposition sur le marché. Deuxièmement, il se distingue des produits existants ou précédents par des performances supérieures sur le plan technique, de l'éco-conception, de l'ergonomie ou de ses fonctionnalités.

C'est ce second point, la « *supériorité des performances* » qui nous intéresse plus particulièrement, tout en étendant la réflexion au-delà du simple concept des produits, pour s'intéresser à tous les types de solutions possibles.

En l'espèce, nous retiendrons qu'une solution disponible peut se voir reconnaître un caractère innovant et par extension justifier l'établissement d'une procédure d'achat d'innovation, si elle présente des performances supérieures à celles des offres également présentes sur le marché au moment où le pouvoir adjudicateur envisage son acte d'achat.

La supériorité des performances de la solution doit être tangible, id est objectivement observable et mesurable par un expert dans le domaine concerné.

Pour mener à bien cette analyse objective nous proposons aux acteurs de l'innovation de s'appuyer sur les quatre critères retenus en ce qui concerne le crédit d'impôt en faveur de l'innovation :

- performances supérieures sur le plan technique ;
- performances supérieures sur le plan de l'éco-conception ;
- performances supérieures sur le plan de l'ergonomie ;
- performances supérieures sur le plan fonctionnel<sup>308</sup>.

## **1. Sur la supériorité technique**

Sur le plan de la supériorité technique, l'acheteur confronté à une solution potentiellement innovante, devrait se demander si cette offre est :

- plus fiable ;
- plus précise ;
- plus rapide ;
- plus adapté à la réalité de son besoin ;

que les offres proposées par la concurrence sur le marché ou dans la pratique.

---

<sup>307</sup> Article 244 quater B, K, II, du Code général des impôts.

<sup>308</sup> <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/9077-PGP.html>

## **2. Sur la supériorité en termes d'éco-conception**

Sur le plan l'écoconception, l'acheteur devrait prendre en considération les impacts en termes de développement durable (sur l'environnement, sur la santé...) de la mise en place de la solution tout au long de son cycle de vie.

En l'occurrence, une amélioration de la performance environnementale, offerte par la solution observée, doit être nettement caractérisée par rapport à l'état de l'existant.

C'est notamment le cas lorsque, la durabilité globale de la solution est augmentée, que sa pollution (utilisation de substance dangereuses, déchets) est considérablement réduite, idem pour son impact sur la biodiversité (nuisances sonores, olfactives, visuelles, rejet de gaz à effet de serre, consommation de l'eau...), son caractère recyclable est augmenté ; sa consommation d'énergie nécessaire à sa fabrication et/ou à son utilisation est nettement diminuée, etc...

Ces assertions peuvent être, notamment, vérifiées sur la base d'indicateurs répondant à des normes d'éco-conception en vigueur.

## **3. Sur la supériorité ergonomique**

Sur le plan de la supériorité ergonomique, la question que l'acheteur doit principalement se poser est la suivante : la solution est-elle manifestement plus adaptée aux besoins (physiques, physiologiques, morphologiques, cognitifs...) de ses utilisateurs ?

En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit rechercher si la solution améliore manifestement, les conditions de vie (dans un sens global, travail, santé, productivité...) des personnes qui vont l'employer.

C'est notamment le cas lorsque, relativement à l'état de l'existant :

- la solution diminue les efforts physiques ;
- la solution est plus facilement prise en main ;
- le mode opératoire est mieux adapté au contexte de son utilisation ;
- la solution s'adapte et évolue de manière plus flexible.

Il s'agit évidemment d'une liste non exhaustive, d'autres critères pouvant être pris en considération pour analyser le caractère ergonomique de la solution.

Ce type de supériorité doit s'analyser à partir de la solution évaluée, en non sur la base du contexte de sa réalisation.

## **4. Sur la supériorité fonctionnelle**

Concernant le critère de la supériorité fonctionnelle de la solution, il sera surtout utile en présence d'une amélioration de l'état de l'existant.

Dans ce contexte, il est conseillé à l'acheteur d'observer si l'offre bénéficie de l'ajout d'une ou de plusieurs nouvelles fonctionnalités (ou de l'amélioration substantielle des fonctionnalités préexistantes) par rapport à ce qui est pareillement disponible sur le marché.

## 5. Sur les améliorations non substantielles

Certaines améliorations ne peuvent pas être considérées comme suffisamment substantielles pour justifier une qualification en solution innovante.

(i). C'est notamment le cas dans l'hypothèse où un produit déjà répandu sur le marché par plusieurs opérateurs économiques fait l'objet d'une adaptation particulière en raison des spécificités d'un client.

Si les attributs de cette solution spécifique ne diffèrent pas de manière sensible de ceux des autres offres équivalentes proposées par la concurrence sur le marché, il n'y a pas lieu de considérer qu'il soit question d'une innovation et le déclenchement d'un « *achat public innovant* ».

(ii). Les changements d'ordre purement esthétique, qui ne renforcent pas substantiellement l'ergonomie du produit, mais qui en modifient simplement l'aspect, ne peuvent pas être qualifiés d'innovations. Il en va de même pour les prestations de services, lorsqu'il y a uniquement un changement de dénomination d'une méthode ou d'une manière de présenter une prestation.

(iii). *In fine*, toutes les évolutions mineures qui se limitent à apporter des corrections à certains dysfonctionnements ou qui correspondent à l'intégration de composants matériels, ou à une mise à jour, et qui ne génèrent pas d'amélioration substantielle, d'où il résulte que le qualificatif d'achat innovant ne sera pas justifié. L'évaluation des critères qui fondent l'indice de performance constitue certainement la méthode la plus décisive pour déceler le caractère innovant d'une solution déjà commercialisée (et par extension disponible).

Cependant, il y a lieu de constater que les notions de « *substantialité* » ou de « *supériorité manifeste* » d'une solution par rapport aux autres ne peuvent pas être appréciées de manière strictement objective. Au contraire, dans tous les cas la mesure des critères exposés ci-dessous, implique nécessairement qu'une marge d'appréciation importante soit laissée à l'acheteur qui porte le projet d'acquisition.

Quoiqu'il en soit, une solution considérée comme plus performante relativement à ce qui est proposé par la concurrence sur le marché, pourra être légitimement qualifiée d'innovante et donc pourra faire l'objet d'un achat dans le cadre d'une procédure adaptée à cet effet.

## II. Les marchés publics d'achat de solutions innovantes

Dès lors qu'une solution clairement identifiée et déjà disponible sur le marché peut être considérée comme innovante au regard du faisceau d'indices exposé ci-dessus, il est possible de l'acheter en établissant un « *marché public d'achat de solutions innovantes* ». Il s'agit tout d'abord de présenter et de définir cette notion (A) puis d'en présenter la procédure de passation (B).

## A. Définition

Les « *marchés publics d'achat de solutions innovantes* » (ou plus simplement « *marchés publics d'innovation* ») peuvent être définis comme « *les contrats par lesquels un acheteur public fait l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services qui, nonobstant le fait qu'ils soient disponibles sur le marché, sont de natures innovantes* ».

Dans les circonstances de ces contrats, l'acheteur ne se positionne pas comme un catalyseur, dans le sens où l'administration ne participe pas directement à l'élaboration d'une solution nouvelle qui, jusqu'à l'intervention des pouvoirs publics, était encore inexistante. Au contraire, lorsqu'il contracte un « *marché public d'innovation* », le pouvoir adjudicateur se situe davantage comme un « *primo-adoptant* » (ou « *early adopter* », dans le sens où, s'il se limite à faire l'acquisition d'une solution déjà commercialisée, il en sera tout de même un client précoce<sup>309</sup>).

Même s'il n'est pas présent au niveau des phases d'élaboration, le primo-adoptant joue tout de même un rôle important à l'égard des innovations déjà commercialisée puisque, de manière directe ou indirecte, il sera un client qui participera à l'évaluation de la solution nouvelle, ce qui permettra au vendeur de d'améliorer (de manière non substantielle, il alors plus question d'affiner) la solution afin de mieux l'adapter. En ce sens, en tant que « *primo-adoptant* » le pouvoir adjudicateur précède les clients qui achèteront ensuite en masse la fourniture, le service ou les travaux concernés.

Indéniablement, lorsqu'une personne publique achète une innovation déjà disponible (tel que définie par le faisceau d'indice exposé *supra*) l'intensité du risque a fortement diminué, les principaux aléas sur les plans scientifiques, techniques et industriels n'étant plus d'actualité au moment de l'acquisition.

Pour autant, cela n'implique pas que le « *primo-adoptant* » ne supporte plus aucun risque. Au contraire, l'administration se situe toujours dans le cadre du « *cycle de vie* »<sup>310</sup> d'une innovation, d'où il résulte que même après la commercialisation de la solution, des incertitudes « *potentielles* » (dans le sens où elles ne sont pas forcément fondées) demeurent. Il s'agit de penser à un rapprochement avec le concept juridique de « *risque de développement* »<sup>311</sup>, issu du droit sur les produits défectueux<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Everett ROGERS, *Diffusion of innovation*, 5th Edition, Simon and Schuster, Londres, 2003.

<sup>310</sup> Nous retenons la définition du « cycle de vie » exposée à l'article 38 de l'ordonnance 899-2015 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation. »

<sup>311</sup> OUDOT Pascal, *Le risque de développement*, Éditions universitaire de Dijon, 2005.

<sup>312</sup> Article 1245 et s. du Code civil.

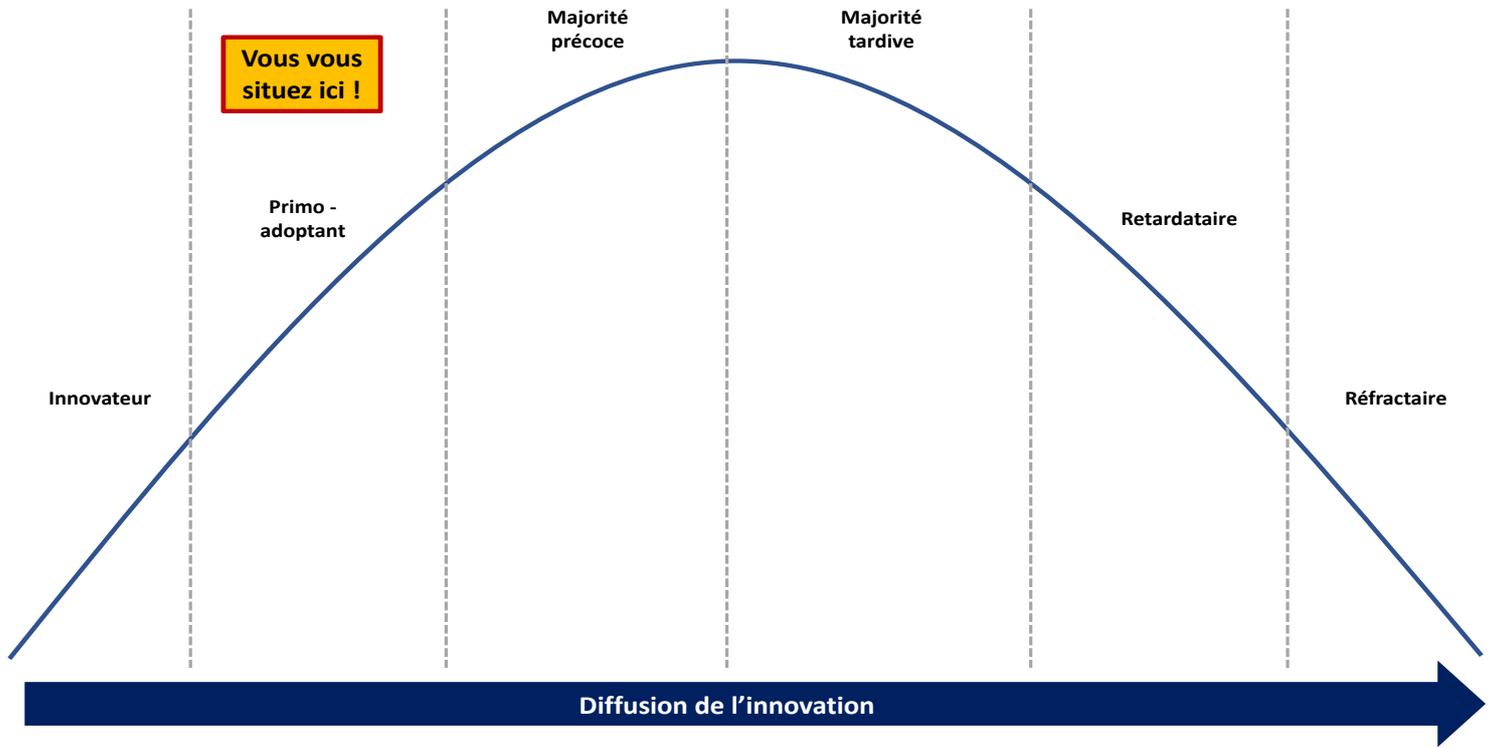


Figure n°31 : La place du « early adopter »

Il s'agit des défauts qu'une solution nouvelle peut posséder mais qui n'ont pas pu être identifiés et par la suite évités, en raison de lacunes dans l'état des connaissances scientifiques et techniques accessibles au moment de la commercialisation du produit<sup>313</sup>. Ces défauts intègrent la catégorie juridique des « *vices cachés* » (en précisant le fait qu'ils sont spécifiquement liés au processus d'innovation), dans le sens où la défektivité est préexistante mais que sa découverte reste future. Ces vices particuliers sont littéralement « *indécelables* » puisqu'ils doivent être matériellement impossible à déceler pour l'opérateur économique innovateur, ce qui implique que si des investigations, même très poussées, auraient été suffisantes pour le mettre en lumière, la qualification de « *risque de développement* » ne saurait être retenue.

En l'espèce, eu égard à ces éléments, l'acheteur peut retenir deux points essentiels. Premièrement, le risque zéro n'existe pas dès lors qu'il s'agit de réaliser un achat innovant, même portant sur une solution déjà disponible. Deuxièmement, en tant que « *primo-adoptant* » il sera possible, notamment, de négocier le prix, eu égard à la prise de risque consenti par le pouvoir adjudicateur.

En tout état de cause, puisqu'il s'agit de l'acquisition de services, de fournitures ou de travaux innovants, présentant des caractéristiques nouvelles (ou substantiellement améliorées) créant ainsi un progrès relativement à l'état de l'existant, le contrat qui le supporte peut faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence spécifique.

## **B. Procédure(s)**

Quatre types de procédures peuvent être principalement envisagées.

### **1. La procédure concurrentielle avec négociation**

Eu égard à l'ensemble des éléments présentés jusqu'alors, il semble cohérent d'estimer que les « *marchés publics d'achat de solutions innovantes* » peuvent légitimement être conclus sur la base d'une procédure concurrentielle négociée<sup>314</sup>. Il s'agit de « *la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations* »<sup>315</sup>.

En l'espèce, la DAJ considère que le recours à cette procédure est possible lorsque le besoin porte en réalité sur des solutions innovantes :

*« Le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement de l'article 25-II 2° du décret si des prestations innovantes répondant à son besoin sont disponibles sur le marché »*<sup>316</sup>.

Sur ce point, la DAJ ajoute par ailleurs que « *si elles n'existent pas encore, il peut alors conclure un partenariat d'innovation conformément aux articles 93 et suivants du décret* ».

---

<sup>313</sup> CHAUMET Francis, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, 5<sup>ème</sup> éd., L'Argus de l'assurance, Paris, 2011.

<sup>314</sup> Article 25-II 2° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>315</sup> Article 71 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>316</sup> Fiche DAJ, La procédure

Notons que cette interprétation confirme les explications apportées dans le cadre des développements précédents (même s'il est possible d'opposer qu'une solution peut très bien ne pas encore exister, sans pour autant que son émergence soit conditionnée par l'établissement d'un programme de R&D).

## **2. La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence**

Comme que nous l'avons souligné auparavant, dans certains cas, la production de solution réellement innovante peut conduire les opérateurs économiques qui en sont à l'origine, à bénéficier d'un monopole et par extension, d'une exclusivité sur leur offre.

Si tel est effectivement le cas, tout particulièrement en présence d'un brevet, il sera possible de passer le « *marché public d'innovation* » (de travaux, de fournitures ou de services) via une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

Il faut tout de même être certain que le brevet détenu par l'opérateur économique concerné porte sur une solution qui serait la seule apte à satisfaire le besoin de l'administration. Par exemple, il n'existe qu'un seul médicament pour soigner une pathologie spécifique. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit démontrer que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par le droit de propriété intellectuel exclusif détenu par un opérateur économique unique. Et cela, à l'exclusion de tout autre offre concurrente.

Il en résulte que l'acheteur ne pourra légitimement avoir recours à cette optique qu'à la double condition qui suit :

- D'une part, l'acheteur doit trouver un moyen de démontrer qu'il a tenté, en vain, de faire jouer la concurrence ;
- D'autre part, il doit obtenir la preuve formelle de l'exclusivité dont se prévaut l'opérateur économique.

## **3. Concernant le dialogue compétitif**

Pour rappel, « *le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre* »<sup>317</sup>.

En outre, l'achat de solution innovante peut juridiquement être réalisé via l'établissement d'un dialogue compétitif<sup>318</sup>.

Cependant, dans la pratique, lorsqu'il est question d'acheter une solution innovante déjà disponible dans le commerce et clairement identifiée, il n'y a pas vraiment de doute sur l'objet de l'achat<sup>319</sup>. En d'autres termes, il ne semble pas cohérent de considérer que le dialogue

---

<sup>317</sup> Article 75, al 1<sup>er</sup>, du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

<sup>318</sup> Article 25-II 2° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016

<sup>319</sup> Considérant 60 de la directive 2014/25/UE : « *L'expérience a montré que le dialogue compétitif, qui est prévu dans la directive 2014/24/UE, s'est révélé utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir* »

compétitif soit réellement adaptée aux spécificités des « *marchés publics d'achats de solution innovantes* ».

*In fine*, le dialogue compétitif sera surtout utile, dans un sens plus classique, id est dans l'hypothèse où l'acheteur ne sait pas, avec exactitude, comment répondre à son besoin et qu'il s'avère, en fin de compte que seule une innovation accessible lui permettra réellement à la problématique originelle.

En tout état de cause, de manière générale, les « *marchés publics d'innovation* » seront le plus souvent concrétisés dans le cadre d'une procédure concurrentielle négociée, ce qui permettra à l'acheteur de prendre en considération toutes les spécificités qui résultent de l'achat d'une solution innovante déjà disponible, mais non sans risque.

#### **4. Les appels d'offres**

L'autorité adjudicatrice peut tout à fait, en présence d'une solution innovante déjà disponible, l'acquérir via l'établissement d'un appel d'offre<sup>320</sup>, qu'il soit ouvert<sup>321</sup> ou restreint<sup>322</sup>. Cette option est, somme toute, assez classique. Puisque la solution existe, qu'elle est tangible, l'acheteur n'aura aucune difficulté à indiquer avec précision la solution qui permettra de satisfaire, au mieux le besoin de son administration.

Cependant, cette catégorie procédurale ne semble pas très adaptée. Si la solution est réellement innovante, cela implique qu'il y ait très peu de fournisseur, voir même le plus souvent qu'il n'y en ait qu'un seul, d'où il résulte que la négociation semble concrètement être la meilleure option possible. L'appel d'offre, eu égard à sa structure, ne permettra pas d'échanger autour de l'offre du potentiel soumissionnaire.

En outre, s'il s'avère que plusieurs entreprises sur le marché proposent des solutions similaires, en termes de performances, il y a fort à parier que la qualification « *d'achat public innovant* » n'est pas, au sens où ce concept a été défini précédemment, justifiée.

---

*sur le plan technique, financier ou juridique. Une telle situation peut survenir notamment avec des projets innovants, la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou des projets comportant un financement complexe et structuré. Il convient dès lors que les États membres puissent mettre cet outil à la disposition des entités adjudicatrices. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution. »*

<sup>320</sup> Article 66 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>321</sup> Article 67 et 68 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>322</sup> Article 69 et 70 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

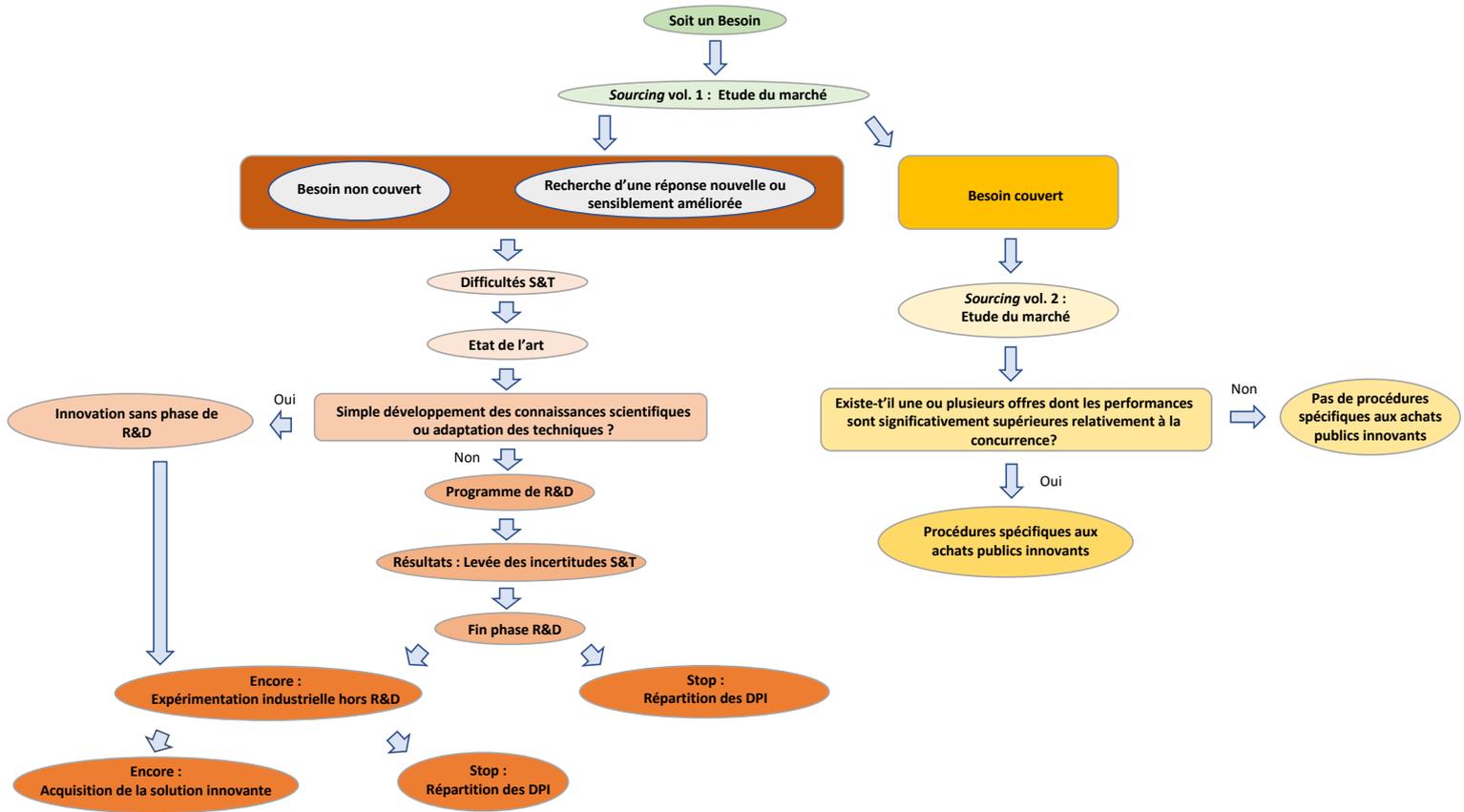


Figure n°32 : Matrice synthétique de l'achat public innovant

## **Hypothèse n°3 : La contractualisation d'offres innovantes hors achats publics innovants**

Mais, finalement, que faire si, au bout du raisonnement, l'autorité adjudicatrice doit se confronter à l'évidence, pour être satisfait, son besoin n'implique pas d'acquérir une solution innovante. Ce sera notamment le cas lorsque la problématique qui est à l'origine de la démarche de l'acheteur peut être dépassée soit via des solutions qui ne peuvent pas être qualifiées d'innovantes, soit via des solutions qui auraient pu ou qui ont été qualifiées d'innovantes mais qui ne peuvent plus l'être. En tout état de cause, peu importe les circonstances, force est de constater qu'il n'y a pas de raison de lancer une procédure spécifique. Les contrats publics, de manière générale, constituent des instruments favorables à l'innovation<sup>323</sup>.

Quoi qu'il en soit, une question se pose. Est-il possible de changer de perspectives ? Est-il possible de considérer que l'innovation peut intervenir, dans le cadre des commandes publiques, en dehors des achats publics innovants ? En d'autres termes, à quelles conditions est-il possible d'innover sans pour autant passer par l'établissement d'une commande publique innovante ?

Une autre circonstance peut également être mise en évidence. Une personne publique peut très bien chercher à capter des innovations, sans pour autant avoir recours à une procédure spécifique pour ce faire. Un enjeu se cristallise alors sur les méthodes à employer pour parvenir à stimuler, dans le cadre d'un "achat courant" les offres innovantes ? Pour répondre à ces interrogations, il faut d'abord déconstruire afin penser l'innovation autrement (I). Sur cette base, les instruments proposés par le droit de la commande publique, qui permettent de capter des solutions innovantes dans le cadre d'achats classiques, pourront davantage être mis en évidence (II).

### **I. Penser l'innovation autrement**

Au-delà d'un simple slogan, ou d'un simple leitmotiv, penser l'innovation autrement implique d'appréhender cette notion dans toute sa complexité. Un élément peut très bien être innovant pour un pouvoir adjudicateur et pas pour un opérateur économique qui connaît cette solution de longue date. Il n'en demeure pas moins que l'introduction dudit élément peut engendrer des transformations profondes, voir même radicales, chez l'acteur – en l'occurrence l'administration – qui l'incorpore.

L'innovation, lorsqu'elle est réfléchie dans le cadre du concept d'achat public innovant, donc sous un aspect strictement juridique, a besoin de tendre vers une idée d'absolue : absolument nouveau, manifestement amélioré, incomparablement plus performant que les autres offres disponibles. Cette exigence résulte du fait que le caractère innovant permet de bénéficier de procédures qui sont dérogoires, par rapport aux appels d'offres classiques.

---

<sup>323</sup> CHARREL (N.), AUBERT (R.), « Les contrats publics, instrument d'innovation », *Contrats Publics*, n°89, juin 2009, p. 87-91.

Le caractère absolu peut, en conséquence, correspondre à une volonté de ne pas voir ces instruments détournés dans leur usage.

Toutefois, sortie du contexte de l'achat innovant, il y a lieu de considérer que l'innovation peut être relativisée. Pour ce faire, il est nécessaire de changer de cadre. L'état de l'art ne concerne plus alors le marché le plus large, mais il est ramené à ce que l'introduction de la nouveauté en cause engendrerait comme changement pour la personne publique bénéficiaire. Il n'est pas question d'innovation en soi, en d'autres termes pour tous. Il est ici question d'innovation pour l'autorité adjudicatrice concernée.

Admettons l'hypothèse suivante. Un pouvoir adjudicateur cherche à faire des économies d'énergies. Pour ce faire, il entend changer intégralement son système de chaufferie, ventilation et climatisation. Il envisage alors différentes solutions et il décide finalement de faire faire l'acquisition d'une pompe à chaleur sur boucle d'eau. En soi, ce système ne peut pas être qualifié d'innovant, puisqu'il est disponible sur le marché depuis un certain nombre d'années. Cependant, il n'en demeure pas moins que cette solution reste assez méconnue et surtout qu'elle implique un changement manifeste au niveau de l'organisation des services. De ce simple fait, il devrait être possible de considérer qu'une telle acquisition, si elle ne peut être qualifiée dans l'absolu d'achat innovant, a tout de même permis d'innover par rapport à la situation de départ de l'administration concernée. Cela ne peut pas justifier de déclencher une procédure particulière. En l'espèce, un appel d'offre classique suffit. En revanche, il serait possible de considérer que ce contrat participe à l'objectif d'atteindre 2 % d'innovation via la commande publique.

Ce qui compte alors, c'est l'esprit créatif et le changement de cadre. La rupture n'est peut-être pas globale, elle s'opère uniquement au niveau d'un service en particulier et pourtant, eu égard aux externalités positives qui peuvent en résulter (économie d'énergie, modification dans le management public, modernisation des services...) il y a lieu de considérer que le pouvoir adjudicateur a cherché à innover. En cela, peu importe que, de manière indéniable, ce type d'achat ne peut pas être qualifié d'innovant, au sens exposé *supra*. Penser l'innovation autrement implique de ne pas se focaliser uniquement sur l'extrême nouveauté ou la dernière amélioration significative qui peut être proposée par une offre. Au contraire, il est question, pour l'acheteur, de penser différemment la réponse qu'il apportera à son besoin, donc de réfléchir à ce qui est innovant pour son administration, ce qui fera positivement évoluer cette dernière avant de s'interroger sur ce qui est innovant pour tous. En ce sens, tous les pouvoirs publics n'ont pas vocation – ou tout simplement pas les moyens – d'investir dans un effort d'innovation et en supporter le risque, notamment dans l'hypothèse de travaux de R&D. Innover revient principalement pour ces administrations à se moderniser et cela devrait être encouragé et modernisé.

Penser l'innovation autrement implique de considérer ce phénomène dans un cadre élargi, par rapport à celui défini par le concept d'achat public innovant. Ce faisant, certaines initiatives qui ne relèvent pas directement des outils propres au droit de la commande publique innovante, pourront tout de même être reconnues et qualifiées de démarche innovante, puisqu'il y est question d'acquiescer une solution substantiellement plus performante que celle dont dispose déjà l'administration en question (sans pour autant qu'il soit question d'une nouveauté ou d'une amélioration radicale).

## II. La captation indirecte des offres innovantes

Il existe une autre hypothèse où il est intéressant de penser l'innovation autrement. Dans le premier cas, l'acheteur cherche à répondre à son besoin de manière innovante. Il ne rentre pas dans le cadre des achats publics innovants, mais il cherche réellement à innover (relativement à sa situation). Dans le second cas présenté désormais, l'acheteur n'a pas particulièrement pour ambition d'innover. Il cherche d'abord, et avant tout, à répondre à son besoin de la manière la plus efficace possible. Il en résulte que pour ce faire, il souhaite ouvertement se laisser l'opportunité de sélectionner une offre innovante.

Peu importe que cette dernière le soit réellement (c'est-à-dire) qu'elle puisse correspondre à la définition proposée *supra*, ou qu'elle ne le soit que de manière relative. Ce qui compte, c'est la démarche dans son ensemble. C'est cette volonté, de se laisser la possibilité de changer, de sortir du cadre habituellement offert par une solution classique et depuis longtemps renouvelée sans évolution manifeste. La question est alors d'identifier les outils qui permettant d'atteindre ces objectifs<sup>324</sup>.

## III. Les instruments de captation des offres innovantes

Le droit de la commande publique propose des outils adaptés qui permettent aux acheteurs de capter de l'innovation, dans le cadre de procédure "classique"<sup>325</sup>. Ce faisant, l'autorité adjudicatrice reste principalement dans son optique de répondre à son besoin, avant de forcément chercher à faire l'acquisition d'une innovation. Ainsi, l'innovation n'est plus un simple projet, mais elle devient le meilleur moyen de répondre aux besoins exprimés<sup>326</sup>. En l'espèce, deux outils seront plus spécifiquement mis en évidence.

### A. La définition du besoin sur la base de critères fonctionnels

L'article 6, II., 2° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que « *les spécifications techniques* » peuvent formulées en terme « *de performances ou d'exigence fonctionnelles* ». Ce texte ajour que ces spécifications doivent être « *suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public* » et quelles « *peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales* »<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> RALLU (B.), « Achat public innovant, la prise de conscience », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 29 mai 2016, p. 116-117.

<sup>325</sup> D'AUZON (S.), « Comment mettre la commande publique au service de l'innovation », *Le Moniteur*, 24 mars 2016.

<sup>326</sup> RICCI (N.), « La définition préalable des besoins : une étape clé conditionnant l'efficacité du processus d'achat », *Contrats Publics*, n°165, mai 2016, p. 24-27.

<sup>327</sup> Article 6, II., 2° du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Par ailleurs, l'article 7 alinéa 2 du même décret précise que « *Lorsque l'acheteur définit une spécification technique en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne peut pas rejeter une offre si celle-ci est conforme à une norme ou à un document équivalent correspondant à ces performances ou exigences fonctionnelles. Le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que cette norme ou ce document équivalent correspond aux performances ou exigences fonctionnelles définies par l'acheteur* »<sup>328</sup>.

L'expression fonctionnelle du besoin permet de mettre en évidence les fonctions de la prestation attendue (à quoi sert-elle) et les fonctions de la prestation souhaitée (comment devrait-elle fonctionner). Ce sont donc les fonctionnalités qui comptent en priorité et non pas les caractéristiques d'une solution en particulier. Il est question, en conséquence, de déterminer le but à atteindre et pas nécessairement les moyens pour l'atteindre. Les fonctions dont il est question doivent être ordonnées, hiérarchisées et quantifiées sous la forme de valeurs de performance attendue. L'expression fonction du besoin implique l'établissement d'un cahier des charges fonctionnel qui détaillera les fonctionnalités attendues d'une offre ainsi que les contraintes (techniques, juridiques, financières...) auxquelles elle est soumise.

L'analyse fonctionnelle d'un besoin amène une réflexion globale autour de l'achat dans la satisfaction immédiate du besoin (fournie par la réponse du candidat), mais également dans une temporalité plus longue de l'achat (en intégrant la performance environnementale et coût de cycle de vie par exemple). Elle permet de faire émerger le savoir-faire des opérateurs économiques et de stimuler les propositions innovantes et performantes dans la réponse aux attentes liées à l'acte d'achat.

Pour ce faire, il ne s'agit pas de décrire précisément les moyens que le titulaire devra mettre en œuvre pour répondre aux besoins mais plutôt d'envisager le besoin comme un ensemble évolutif et multi dimensionnel intégrant en outre les réflexions suivantes : A quoi sert-il ? Dans quel but (sa finalité) ? Quel est son environnement (sa position dans un ensemble plus large notamment) ? Qui sont les acteurs du besoin (utilisateurs ou consommateurs indirectes du besoin) ? Quelle est sa temporalité (évolution du besoin dans le temps au regard de l'émergence, la réalisation, l'utilisation, la fin de vie) ? Quelles sont ses contraintes (opérationnelles, techniques, temporelles, géographiques etc ?

Cette liste non exhaustive de questions permet de déterminer les fonctionnalités du besoin et d'arriver à l'équilibre entre la satisfaction du besoin et l'utilité des fonctions dégagées. Plusieurs outils éprouvés, tels que "la bête à corne" ou la "pieuvre" sont à la disposition des acheteurs pour poursuivre leur raisonnement en ce sens. L'analyse fonctionnelle permet donc de réfléchir en termes d'obligation de résultats et non de moyens attendus.

Pour être efficace, le cahier des charges fonctionnel s'accompagne de critères de sélection adéquats. Prenons l'exemple d'une prestation de maintenance de chauffage au sein d'un établissement. Une des fonctionnalités attendues est le maintien d'une température adéquate garantissant aux utilisateurs indirects de bonnes conditions de travail. Cette fonctionnalité s'apprécie notamment au regard de la température moyenne du bâtiment et du taux de panne du matériel. A cela s'ajoute une réflexion sur la tolérance ou la flexibilité des exigences (d'un niveau impératif à un niveau négociable puis très négociable).

---

<sup>328</sup> Article 7 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

L'établissement du cadre et de la flexibilité vont permettre à l'opérateur économique candidat de démontrer dans son offre qu'il répondra à ces exigences fonctionnelles tout en respectant les impératifs de l'acheteur et l'échelle qu'il a fixée.

En pratique, les acheteurs ont souvent une préférence pour l'application d'un cahier des charges techniques, détaillé et très normé, comprenant des conditions à respecter par le candidat. Les pouvoirs adjudicateurs envisagent rarement la performance générale du candidat ou les exigences fonctionnelles du besoin. Cependant, il est communément admis que, pour l'autorité contractante, le fait de définir son besoin par des spécifications fonctionnelles permet de faciliter l'ouverture de la concurrence aux offres innovantes.

## **B. Le recours aux variantes**

Les variantes constituent « *des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrit dans les documents de la consultation* »<sup>329</sup>. La variante est une des portes d'entrée et une condition de l'achat innovant et performant. Décrite à l'article 58 du décret 2016-360, elle permet au candidat, garant de la technicité et du savoir-faire de sa profession, de proposer la meilleure solution aux attentes de l'acheteur. Elle est encore trop peu utilisée alors même qu'elle est prévue par défaut dans les procédures adaptées en l'absence de mention contraire. Le décret a, par ailleurs, introduit la notion de variante imposée – dans les marchés publics autres que ceux de défense et de sécurité – l'acheteur a la possibilité d'imposer aux opérateurs économiques la présentation d'une variante.

Pour être efficace et permettre à l'acheteur de réaliser une analyse comparative des offres, la variante doit être encadrée a minima. Donc, lorsque l'acheteur autorise expressément la présentation de variantes, il se doit déterminer les exigences minimales que les variantes doivent respecter et les conditions particulières de leur présentation. Elle s'analyse en effet au regard des critères de sélection définis dans le règlement de la consultation et des exigences du cahier des charges. Elle doit en outre être considérée comme une offre à part entière du candidat ou une seconde offre (dans le cas où elle est subordonnée à la réponse préalable d'une offre de base initiale) Or, si le cahier des charges a été réfléchi en termes d'exigences fonctionnelles et non de moyens attendus, la présence de variantes devient évidente, puisque l'acheteur a ouvert le champ des possibles dans les propositions du candidat.

Dans l'optique de favoriser, de capter l'innovation. L'utilisation de critères fonctionnels permet de ne pas bloquer une offre innovante. Le pouvoir adjudicateur a tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou à l'évolution rapide (l'achat informatique à titre d'exemple) à autoriser les variantes. Il est notamment possible pour l'acheteur de considérer que le soumissionnaire présente une offre variante sans que celle-ci accompagne une offre de base. Cette option permet de favoriser l'accès aux petites PME innovantes qui n'ont pas la capacité de proposer une offre de base, mais qui ont la capacité de proposer des solutions alternatives adaptées au besoin de l'administration<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> CE, 5 janvier 2011, req. N°343206, *Société Technologie Alpine Sécurité / Commune de Bonneval-sur-Arc* : « ne constituent en revanche pas des variantes des précisions que les candidats doivent apporter, en application du règlement de consultation, sur les moyens techniques mis en œuvre pour exécuter le marché » ; voir également, CAA Bordeaux, 19 juin 2017, req. N°15BX02593, *Société Lafite Paysage*.

<sup>330</sup> L'acheteur garde la possibilité d'exiger dans les documents de la consultation qu'une offre de base accompagne les variantes. L'autorité adjudicatrice a également la possibilité de limiter le nombre de variantes autorisées. Dans

Les offres de bases, tout comme les variantes, imposées ou autorisées, sont jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités. Ces critères et ces modalités de jugement des offres permettant de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Le besoin doit donc être exprimé en décrivant le résultat à atteindre et non pas en déterminant à l'avance les moyens pour arriver à la solution. Notons tout de même que c'est l'offre estimée comme la plus avantageuse économique qui doit être retenue. Peu importe que cette offre corresponde à une offre de base ou à une variante.

### **C. Une réflexion sur le coût du cycle de vie**

La réflexion sur le coût du cycle de vie du produit, de la prestation ou des travaux inscrit l'achat dans une logique économique durable. La notion de cycle de vie s'apprécie à la fois dans l'analyse du cycle comme dans la définition du coût qu'il compose. Il couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage<sup>331</sup>.

Plus spécifiquement, le droit de la commande publique définit le cycle de vie comme « *l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation* »<sup>332</sup>.

L'acheteur doit réaliser un travail de fond lors des échanges préalables avec les opérateurs économiques du secteur afin d'arriver à identifier et à sélectionner une méthode de calcul des coûts de cycle de vie garantissant l'égalité de traitement entre les candidats, et la bonne compréhension des offres financières proposées.

Il doit connaître la structuration des coûts du secteur économique étudié afin d'appréhender notamment les externalités de cette analyse. En travaillant sur cet aspect du besoin, il veille à la performance économique de l'achat et se prémunit également contre les mauvaises surprises lors de l'exécution du contrat. Il entre alors dans une relation d'achat équilibré évite de se retrouver captif de la relation fournisseur puisqu'il envisage également les évolutions ultérieures de la solution au besoin.

---

ces conditions, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières engendre un rejet en bloc des variantes dans l'analyse de l'offre.

<sup>331</sup> Article 63 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>332</sup> Article 38 de l'ordonnance n°899-2015 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

## Glossaire

**Achat public innovant** : acquisition d'une solution (produits, procédés, services ou résultats scientifiques et techniques) qui, soit n'existe pas encore sur le marché ou dans les pratiques, soit a déjà été récemment commercialisée ou diffusée et présente des performances significativement supérieures à ce qu'offre la concurrence afin de répondre à un besoin inédit ou d'apporter une réponse inédite à un besoin existant.

**Activités rémunérées de recherche et de développement** : activités de recherche et de développement effectuées par une partie et financées par une autre.

**Aides publiques** : toutes les contributions financières allouées, sans aucune contrepartie, par les pouvoirs publics en faveur d'un opérateur accomplissant ou non une mission d'intérêt général.

**Appel à projet** : dispositif en vertu duquel une personne publique définit un certain nombre d'objectifs et invite des tiers à présenter des projets y répondant en leur laissant l'initiative de leur contenu et de leur mise en œuvre.

**Avance récupérable** : un prêt en faveur d'un projet versé en une ou plusieurs tranches et dont les conditions de remboursement dépendent de l'issue du projet.

**Collaboration effective** : une collaboration entre au moins deux parties indépendantes l'une de l'autre et visant à échanger des connaissances ou des technologies, ou à atteindre un objectif commun, fondée sur une division du travail impliquant que les parties définissent conjointement la portée du projet collaboratif, contribuent à sa réalisation et en partagent les risques et les résultats. Une ou plusieurs parties peuvent supporter l'intégralité des coûts du projet et donc soustraire d'autres parties à tout risque financier. Les contrats de recherche et la fourniture de services de recherche ne sont pas considérés comme des formes de collaboration.

**Contrat de recherche & développement coparticipatif** : tous les contrats pour lesquels la personne publique soit, dans une première mesure, ne finance pas intégralement le programme de R&D, soit, dans une deuxième mesure, ne devient pas exclusivement propriétaire des résultats issus du programme de R&D, soit, troisièmement, ne finance pas intégralement le programme de R&D et ne devient pas exclusivement propriétaire des résultats issus dudit programme.

**Convention de subventionnement** : contrat, conclu par écrit, à titre gratuit, par lequel un ou plusieurs pouvoirs publics transfèrent, de manière unilatérale à un tiers, une aide de toute nature dans l'optique du financement d'une œuvre ou d'une activité d'intérêt général.

**Cycle de vie** : ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation.

**Démonstrateurs technologiques** : dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif.

**Développement exclusif :** l'achat public de services de recherche et de développement dont tous les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour leur usage dans l'exercice de leur propre activité, pour autant qu'ils (ou elles) rémunèrent entièrement ces services.

**Développement expérimental :** l'acquisition, l'association, la mise en forme et l'utilisation de connaissances et d'aptitudes scientifiques, technologiques, commerciales et autres pertinentes en vue de développer des produits, des procédés ou des services nouveaux ou améliorés. Il peut aussi s'agir, par exemple, d'activités visant la définition théorique et la planification de produits, de procédés et de services nouveaux, ainsi que la consignation des informations qui s'y rapportent. Le développement expérimental peut comprendre la création de prototypes, la démonstration, l'élaboration de projets pilotes, les essais et la validation de produits, de procédés ou de services nouveaux ou améliorés dans des environnements représentatifs des conditions de la vie réelle, lorsque l'objectif premier est d'apporter des améliorations supplémentaires, au niveau technique, aux produits, procédés ou services qui ne sont pas en grande partie "fixés". Il peut comprendre la création de prototypes et de projets pilotes commercialement exploitables qui sont nécessairement les produits commerciaux finaux et qui sont trop onéreux à produire pour être utilisés uniquement à des fins de démonstration et de validation. Le développement expérimental ne comprend pas les modifications de routine ou périodiques apportées à des produits, lignes de production, procédés de fabrication et services existants et à d'autres opérations en cours, même si ces modifications peuvent représenter des améliorations.

**Dialogue compétitif :** procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

**Droits de propriété intellectuelle :** les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins. Le droit de la propriété intellectuelle est régi par des règles d'ordre public qui s'imposent aux administrations et à leurs prestataires.

**État de l'art :** ensemble des savoirs, des pratiques, des techniques et des solutions disponibles dans un secteur donné, à un instant donné.

**Étude de faisabilité :** l'évaluation et l'analyse du potentiel d'un projet, qui visent à soutenir le processus décisionnel en révélant de façon objective et rationnelle les forces et les faiblesses du projet, ainsi que les perspectives et les menaces qu'ils supposent, et qui précisent les ressources nécessaires pour le mener à bien et en évaluent, en définitive, les chances de succès.

**Expérimentation :** catégorie générale, regroupant toutes les opérations humaines qui tendent à acquérir des expériences nouvelles afin d'introduire une nouveauté – ou une amélioration substantielle – dans un cadre existant.

**Exploitation des résultats :** la production ou la distribution des produits contractuels, l'utilisation des technologies contractuelles, la cession de droits de propriété intellectuelle, la concession de licences sur de tels droits ou la communication d'un savoir-faire nécessaire pour permettre cette fabrication ou cette utilisation.

**Homme du métier :** désigne un personnage fictif, en l'occurrence le praticien normalement qualifié, qui possède des connaissances et des aptitudes accessibles dans un domaine concerné à une date donnée.

**Innovation :** processus qui tend à l'introduction d'un changement substantiel dans un cadre préexistant.

**Innovation de commercialisation :** la mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification d'un produit.

**Innovation d'organisation :** la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques commerciales, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, ce qui exclut les changements s'appuyant sur des méthodes organisationnelles déjà en usage dans l'entreprise, les changements dans la stratégie de gestion, les fusions et les acquisitions, la cessation de l'utilisation d'un procédé, le simple remplacement ou l'extension de l'équipement, les changements découlant uniquement de variations du prix des facteurs, la production personnalisée, l'adaptation aux marchés locaux, les modifications régulières ou saisonnières et autres changements cycliques, ainsi que le commerce de produits nouveaux ou sensiblement améliorés.

**Innovation de procédé :** la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée (cette notion impliquant des changements significatifs d'ordre technique, matériel ou logiciel). Ne sont pas considérés comme des innovations de procédés les changements ou améliorations mineurs, les accroissements de capacité de production ou de service obtenus par l'adjonction de systèmes de fabrication ou de systèmes logistiques qui sont très analogues à ceux déjà en usage, la cessation de l'utilisation d'un procédé, le simple remplacement ou l'extension de l'équipement, les changements découlant uniquement de variations du prix des facteurs, la production personnalisée, l'adaptation aux marchés locaux, les modifications saisonnières, régulières et autres changements cycliques et le commerce de produits nouveaux ou sensiblement améliorés.

**Installations pilotes :** ont les mêmes objectifs que les prototypes, à savoir mener des essais visant à fixer les caractéristiques d'un produit ou d'un procédé. Les installations pilotes permettent ainsi d'acquérir de l'expérience et de rassembler des données qui serviront à vérifier des hypothèses, élaborer de nouvelles formules ou spécifications de produits, concevoir les équipements et structures spécifiques nécessaires à un nouveau procédé, rédiger des modes opératoires ou des manuels d'exploitation du procédé.

**Innovation de produit :** 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. Cette définition inclut les améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles.

**Investissement public innovant :** participation financière et/ou humaine des administrations en faveur de programme d'innovation, via des achats, des aides ou l'établissement d'un projet collaboratif.

**Marchés publics d'expérimentation industrielle (hors R&D) :** contrats conclus à titre onéreux par lesquels une ou plusieurs autorité(s) adjudicatrice(s) confie(nt) à un ou plusieurs opérateur(s) économique(s), la réalisation d'un programme expérimental, n'impliquant pas la

mise en œuvre de travaux de R&D, dans l'optique de concevoir, puis d'acquérir des travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés.

**Marchés publics d'expérimentation sociale :** conclus à titre onéreux, par lesquels une ou plusieurs autorité(s) adjudicatrice(s) confie(ent) à un ou plusieurs opérateur(s) économique(s), la réalisation d'un programme expérimental à caractère non technologique, n'intégrant ni travaux de R&D, ni expérimentation industrielle et portant sur la mise en œuvre de changement dans les pratiques sociales.

**Marchés publics d'innovation :** contrats par lesquels un acheteur public fait l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services qui, nonobstant le fait qu'ils soient disponibles sur le marché, sont de nature innovante.

**Marchés publics de R&D :** contrats administratifs qui portent – uniquement – sur la réalisation de prestation de R&D, que ce soit en matière de fournitures, de travaux ou de services, pour lesquels le pouvoir adjudicateur finance intégralement la programme et acquiert la propriété exclusive des résultats.

**Partenariat d'innovation :** marché public, doté d'une procédure sui generis, ayant un double objet, d'une part la réalisation d'un programme de R&D, d'autre part, l'acquisition de la solution innovante qui en résulte *in fine*.

**Pre-commercial procurement (Achat public avant commercialisation) :** achat public de services de recherche et de développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne se réserve pas exclusivement les résultats et avantages pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, mais les partage avec les prestataires aux conditions du marché. Le contrat, dont l'objet relève d'une ou de plusieurs catégories de recherche et de développement définies dans le présent encadrement, doit être de durée limitée et peut inclure le développement de prototypes ou de quantités limitées de produits ou services nouveaux sous forme de série expérimentale. L'achat de quantités commerciales de produits ou services ne peut faire l'objet du même contrat.

**Prototype :** un modèle original d'après lequel on structure un produit ou procédé nouveau et dont tous les objets ou dispositifs du même genre sont des représentations ou des copies. Il s'agit du modèle de base qui possède les qualités techniques et les caractéristiques de fonctionnement essentielles du nouveau produit ou procédé visé. Il permet de mener des essais de façon à apporter les modifications nécessaires et d'en fixer les caractéristiques. Lorsqu'un prototype auquel on a apporté toutes les modifications nécessaires a donné lieu à des essais satisfaisants, la phase de lancement en fabrication commence.

**Procédure concurrentielle avec négociation :** la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

**Projet de R&D :** une opération qui inclut des activités couvrant une ou plusieurs catégories de recherche et de développement définies dans le présent encadrement et qui est destinée à remplir par elle-même une fonction indivisible à caractère économique, scientifique ou technique précis, assortie d'objectifs clairement identifiés. Un projet de R&D peut consister en plusieurs travaux, activités ou services et comporte des objectifs clairs, des activités à mener pour atteindre ces objectifs (y compris leurs coûts escomptés) et des éléments concrets à livrer pour définir les résultats de ces activités et les comparer avec les objectifs correspondants.

Lorsque deux ou plusieurs projets de R&D ne peuvent être clairement distingués les uns des autres et, plus particulièrement, lorsqu'ils ne disposent pas chacun séparément de chances de succès technologique, ils sont considérés comme un projet unique.

**Recherche & développement** : ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif.

**Recherche fondamentale** : des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris essentiellement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements de phénomènes ou de faits observables, sans envisager aucune application ni utilisation commerciale directe.

**Recherche industrielle** : la recherche planifiée ou des enquêtes critiques visant à acquérir de nouvelles connaissances et aptitudes en vue de mettre au point de nouveaux produits, procédés ou services, ou d'entraîner une amélioration notable de produits, procédés ou services existants. Elle comprend la création de composants de systèmes complexes et peut inclure la construction de prototypes dans un environnement de laboratoire ou dans un environnement à interfaces simulées vers les systèmes existants, ainsi que des lignes pilotes, lorsque c'est nécessaire pour la recherche industrielle, et notamment pour la validation de technologies génériques.

**Royalty (ou redevance)** : prestation pécuniaire directement versée, de manière périodique, au propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle par la ou les personnes qui sont autorisées l'exploiter à leurs risques.

**Solutions innovantes** : les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par les offres économiques et/ou sociales déjà disponibles.

**Savoir-faire** : ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées.

**Startups** : jeunes entreprises à fort potentiel de croissance en phase de développement d'un produit ou d'un service et surtout à la recherche de leur modèle économique.

# Table des matières

<b>Sommaire</b>	<b>2</b>
<b>Introduction Générale</b>	<b>3</b>
<b>I. Contexte</b>	<b>3</b>
<b>II. Objectifs</b>	<b>4</b>
<b>III. Public visé</b>	<b>5</b>
<b>IV. Plan</b>	<b>5</b>
<b>La notion d'achat public innovant</b>	<b>7</b>
<b>I. Sur le concept d'innovation</b>	<b>9</b>
A. Les définitions de l'innovation	9
1. Première dichotomie : processus et le résultat	10
a. L'innovation comme processus	10
(i). L'innovation : un processus global	11
(ii). L'innovation comme processus opérationnel	12
b. L'innovation comme résultat : la solution innovante	14
2. Deuxième dichotomie : l'innovation technologique et l'innovation sociale	16
a. L'innovation technologique	16
b. L'innovation non technologique	18
3. Troisième dichotomie : innovation évolutive et innovation disruptive	19
a. L'innovation disruptive	20
b. L'innovation évolutive	20
4. Quatrième dichotomie : innovation absolue et innovation relative	21
5. Définitions synthétiques	22
B. L'identification de l'innovation	24
1. Notion d'état de l'art	24
2. L'homme du métier le progrès et l'originalité	25
3. Synthèse	28
<b>II. Les dimensions de l'achat public d'innovation</b>	<b>29</b>
A. Territorialité	29
B. Temporalité	32
<b>III. Typologies des achats innovants</b>	<b>34</b>
A. Présentation de la DAE	34
B. Présentation en fonction de l'implication du secteur public	36
C. Présentation en fonction du besoin	39
<b>IV. Définition synthétique de l'achat public innovant</b>	<b>39</b>
<b>Problématique principale : quid de la disponibilité ?</b>	<b>41</b>
<b>Hypothèse n°1 : Indisponibilité de la solution</b>	<b>44</b>
<b>I. La notion d'expérimentation</b>	<b>44</b>
A. Définition générique	45
B. Identification de l'expérimentation	45
C. Typologie des expérimentations	46
1. L'expérimentation scientifique et technique : la R&D	46
a. La notion de R&D	47
(i). Définition Générique	47
(ii). L'identification de l'incertitude scientifique et technique	48
b. Les frontières de la notion de R&D	53
(i). La R&D et les autres activités scientifiques et techniques	53

(ii).	La R&D, le développement industriel et le processus de commercialisation	54
c.	Sur les domaines scientifiques et techniques	60
d.	Synthèse	62
2.	L'expérimentation industrielle et commerciale	62
3.	L'expérimentation sociale	65
<b>II.</b>	<b>Modalités contractuelles</b>	<b>66</b>
A.	Contractualisation de la R&D	66
1.	Acheter des résultats scientifiques et techniques inédits :	67
	Les marchés publics de R&D	67
(a).	Définition	67
(b).	Procédures	68
(i).	Marchés publics de services de R&D : l'appel d'offre	68
(ii).	Marchés publics de fournitures de R&D : négociation sans publicité, ni mise en concurrence	68
(iii).	Les marchés publics de travaux réalisés à des fins de R&D : procédure concurrentielle négociée	69
2.	Financer directement les efforts scientifiques et techniques :	70
	Les contrats de financement	70
(a).	Les subventions	72
(b).	Les avances remboursables	74
(c).	Le recours aux appels à projet	76
3.	Participer à la réalisation d'un effort de R&D :	78
	Les contrats de R&D coparticipatifs	78
(a).	Notion	79
(b).	Modes d'existence	81
(c).	Politiques publiques	84
(i).	Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des alternatives à l'acte d'achat, et cela dans trois mesures	84
(ii).	Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des alternatives à l'aide publique	87
(iii).	Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des instruments de valorisation scientifique et/ou technique	88
(iv).	Soit ces contrats sont considérés et utilisés comme des instruments d'investissement public	88
d.	Procédure	92
B.	Contractualisation des expérimentations hors R&D	94
1.	Définitions	94
(a).	Les marchés publics d'expérimentation industrielle et commerciale	95
(b).	Les marchés publics d'expérimentation sociale	95
(c).	Mode d'existence	95
(i).	Existence des marchés publics d'expérimentation industrielle et commerciale	95
(ii).	Existence des marchés publics d'expérimentation non technologique	96
(d).	Procédures	96
C.	Le partenariat d'innovation	98
1.	Définition	98
2.	La définition du besoin	100
3.	Procédure	101
4.	Détermination du prix	101
5.	Exécution : le phasage du Partenariat d'innovation	103
6.	Régime de la propriété intellectuelle	104
7.	Quelques exemples	105
	<b>Hypothèse n°2 : disponibilité de la solution</b>	<b>109</b>
<b>I.</b>	<b>Les indices possibles</b>	<b>110</b>
A.	La temporalité	110
B.	Le statut de l'opérateur	111
1.	Les jeunes entreprises innovantes	112

2.	Les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics de recherche _____	113
C.	Le bénéfice d'un crédit d'impôt _____	114
1.	Le crédit d'impôt en faveur de la recherche _____	114
2.	Le crédit d'impôt en faveur de l'innovation _____	115
D.	Les droits de propriétés intellectuelle _____	117
E.	La performance : analyse de la "substantialité" de l'innovation _____	118
1.	Sur la supériorité technique _____	119
2.	Sur la supériorité en termes d'éco-conception _____	120
3.	Sur la supériorité ergonomique _____	120
4.	Sur la supériorité fonctionnelle _____	120
5.	Sur les améliorations non substantielles _____	121
<b>II.</b>	<b>Les marchés publics d'achat de solutions innovantes _____</b>	<b>121</b>
A.	Définition _____	122
B.	Procédure(s) _____	124
1.	La procédure concurrentielle avec négociation _____	124
2.	La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence _____	125
3.	Concernant le dialogue compétitif _____	125
4.	Les appels d'offres _____	126
<b><i>Hypothèse n°3 : La contractualisation d'offres innovantes hors achats publics innovants 128</i></b>		
<b>I.</b>	<b>Penser l'innovation autrement _____</b>	<b>128</b>
<b>II.</b>	<b>La captation indirecte des offres innovantes _____</b>	<b>130</b>
<b>III.</b>	<b>Les instruments de captation des offres innovantes _____</b>	<b>130</b>
A.	La définition du besoin sur la base de critères fonctionnels _____	130
B.	Le recours aux variantes _____	132
C.	Une réflexion sur le coût du cycle de vie _____	133
	_____	133
<b><i>Glossaire _____</i></b>		<b>134</b>
<b><i>Table des matières _____</i></b>		<b>139</b>