



DOSSIER D'EXPERTS

COMMANDE PUBLIQUE

Réussir ses achats publics innovants

Laurent BIDAULT

Avocat, fondateur de Novlaw Avocats

Juliane Gaury

Avocate au sein de Novlaw Avocats



Réussir ses achats publics innovants

L'innovation est un pilier essentiel de la commande publique, permettant de moderniser les services publics et de les adapter aux évolutions technologiques et aux enjeux contemporains comme le réchauffement climatique et la souveraineté industrielle. Elle favorise également la croissance des entreprises innovantes.

Les initiatives des pouvoirs publics sont nombreuses et les outils ne manquent pas afin que les acheteurs puissent acquérir et développer des solutions innovantes : appels à projets, AMI, subventions, marchés de R & D, marchés innovants, partenariats d'innovation, dialogues compétitifs.

Il existe toutefois des freins au recours à ces outils : difficulté à cerner l'innovation et ses risques (juridiques, financiers, opérationnels), rigidité des procédures de passation, gestion des droits de propriété intellectuelle.

Cet ouvrage vise à surmonter ces obstacles, notamment pour les acheteurs publics et parapublics, en définissant l'innovation et la R & D, en présentant les initiatives d'achat innovant et son écosystème, et en décrivant les outils contractuels pour faire émerger et acquérir l'innovation.

En plus de ces éléments théoriques, il fournit des exemples concrets d'initiatives, d'achats et de clauses contractuelles, offrant ainsi une compréhension à la fois théorique et pratique de ces sujets.



Laurent BIDAULT est avocat depuis 2014 et le fondateur de NOVLAW AVOCATS, cabinet d'avocats pluridisciplinaire basé à Paris, Lille et Lyon. Il a développé une compétence particulière en matière d'innovation appliquée au secteur public, accompagnant une pluralité d'acteurs (acheteurs, opérateurs, entreprises innovantes) dans leurs projets associant le secteur public et les domaines de l'innovation, du numérique ou encore des NTIC.

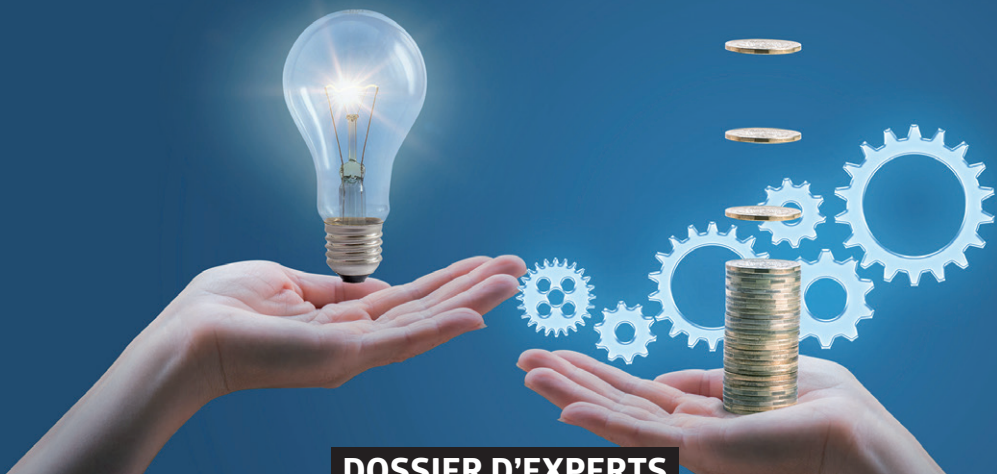


Juliane GAURY est avocate au sein de NOVLAW AVOCATS depuis 2023. NOVLAW AVOCATS conseille et accompagne ses clients en droit public, et plus particulièrement en droit public des affaires.

boutique.territorial.fr

ISSN : 1623-8869 – ISBN : 978-2-8186-2235-3

territorial éditions



DOSSIER D'EXPERTS

COMMANDE PUBLIQUE

Réussir ses achats publics innovants

Laurent Bidault

Avocat, fondateur de Novlaw Avocats

Juliane Gaury

Avocate au sein de Novlaw Avocats

territorial éditions

CS 70215 - 38501 Voiron Cedex - Tél.: 04 76 65 87 17 - Référence TDE 926A

Retrouvez tous nos ouvrages sur boutique.territorial.fr

**Vous souhaitez
nous contacter
à propos de votre ouvrage ?**

C'est simple !

Il vous suffit d'**envoyer un mail** à :
service-client-editions@territorial.fr
en précisant l'objet de votre demande.

Pour connaître l'ensemble de nos publications,
rendez-vous sur notre boutique en ligne
boutique.territorial.fr

Avertissement de l'éditeur:

La lecture de cet ouvrage ne peut en aucun cas dispenser le lecteur de recourir à un professionnel du droit.
Nous sommes vigilants concernant les autorisations de reproduction et indiquons systématiquement les sources des schémas, images, tableaux, etc.
Pour toute demande de modification, mise à jour ou suppression d'un élément au sein de cet ouvrage, merci de contacter les éditions Territorial.

 <p>DANGER LE PHOTOCOPIAGE TUE LE LIVRE</p>	<p>Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement la présente publication sans autorisation du Centre Français d'exploitation du droit de Copie. CFC 20, rue des Grands-Augustins 75006 Paris. Tél. : 01 44 07 47 70</p>
---	---



© Territorial, Voiron

ISBN: 978-2-8186-2235-3

ISBN version numérique: 978-2-8186-2236-0

Imprimé par Reprotechnic, à Bourgoin-Jallieu (38) - Juillet 2024

Dépôt légal à parution

Sommaire

Introduction	p.9
--------------------	-----

Partie 1

Fondements de l'innovation dans les achats publics

Chapitre I

Comprendre l'innovation	p.17
--------------------------------------	------

A - Définition de l'innovation	p.17
---	------

1. Le <i>Manuel d'Oslo</i>	p.17
----------------------------------	------

2. La définition de l'innovation en France	p.20
--	------

3. Les catégories d'innovation	p.22
--------------------------------------	------

4. Les types d'innovation	p.24
---------------------------------	------

B - L'innovation dans le droit de la commande publique	p.26
---	------

1. L'innovation dans les directives « marchés » et « concessions »	p.26
--	------

2. L'innovation dans le Code de la commande publique	p.27
--	------

3. Les avantages et les limites de la définition d'innovation dans le Code de la commande publique	p.29
---	------

Chapitre II

La recherche et développement et les autres activités connexes	p.35
---	------

A - Définition de la recherche et développement	p.35
--	------

1. Le <i>Manuel de Frascati</i>	p.35
---------------------------------------	------

2. La définition de la recherche et développement en France	p.40
---	------

B - La recherche et développement dans le droit de la commande publique	p.42
--	------

C - Les activités connexes à la recherche et développement	p.43
---	------

1. Le prototype	p.43
-----------------------	------

2. Les installations pilotes et les démonstrateurs technologiques	p.43
---	------

3. Les études de conception industrielle	p.44
--	------

4. L'ingénierie industrielle et l'outillage	p.44
---	------

5. La production à titre d'essai	p.44
--	------

Partie 2

Contexte et acteurs de l'achat public innovant

Chapitre I

Les initiatives européennes et françaises	p. 47
A - Les initiatives européennes	p. 47
1. La stratégie européenne en matière d'achats publics innovants	p. 47
2. La mise en place de montages contractuels favorisant l'innovation	p. 49
B - Les initiatives françaises	p. 50
1. Le dispositif expérimental relatif aux achats innovants	p. 50
2. Le plan d'investissement France 2030	p. 52
3. Les concours d'innovation de l'État	p. 53
4. L'accès favorisé à la commande publique pour les jeunes entreprises innovantes	p. 54

Chapitre II

Les acteurs de l'écosystème français	p. 57
A - Les administrations et acteurs institutionnels	p. 58
1. Les acteurs publics au niveau de l'État	p. 58
2. Les acteurs publics au niveau local	p. 63
3. Les acteurs institutionnels	p. 64
B - Les structures d'accompagnement	p. 66
1. Les associations	p. 66
2. Les pépinières	p. 67
3. Les incubateurs	p. 67
4. Les accélérateurs	p. 68
5. Les pôles de compétitivité et technopoles	p. 68
C - La mission French Tech	p. 69
D - Les entreprises innovantes	p. 70

Partie 3

Processus de détection et de stimulation de l'innovation

Chapitre I

Les prérequis à l'engagement dans une démarche d'achat public innovant	p. 75
A - Une organisation consacrée à l'innovation	p. 75
1. Structurer l'organisation interne	p. 75
2. Déterminer la forme de coopération adéquate	p. 76
B - La mise en place d'une politique publique d'achat innovant	p. 77
C - La définition du projet ou du besoin en solution innovante	p. 83

D - L'organisation d'un processus de détection de l'innovation	p.84
E - L'intégration des risques liés à l'innovation	p.84
1. Le risque de non-concrétisation	p.85
2. Le risque financier	p.85
3. La gestion des délais	p.85
4. Le respect du droit de la commande publique	p.85
5. Le secret des affaires	p.85
F - Identifier la propriété intellectuelle et déterminer son partage	p.86

Chapitre II

L'analyse du marché et le <i>sourcing</i>	p.91
A - Le cadre légal du <i>sourcing</i>	p.92
B - Les intérêts du <i>sourcing</i>	p.93
C - Les types de <i>sourcing</i>	p.93
1. Le <i>sourcing</i> permanent	p.94
2. Le <i>sourcing</i> opérationnel	p.94
D - Le cadrage du <i>sourcing</i>	p.95
E - L'exploitation des résultats du <i>sourcing</i>	p.96

Chapitre III

Stimuler et encourager l'initiative privée	p.99
A - Le spectre de la commande publique	p.99
1. L'application des règles de la commande publique aux initiatives de l'acheteur	p.99
2. L'application des règles de la commande publique aux initiatives privées	p.101
B - Le versement de subventions à l'innovation	p.103
C - L'appel à projets	p.105
1. La définition de l'appel à projets	p.105
2. Les intérêts de l'appel à projets	p.107
3. La mise en œuvre de l'appel à projets	p.107
D - Les concours et hackathons	p.109
E - La POC	p.111

Partie 4

Développement d'une solution innovante

Chapitre I

Les outils contractuels pour le développement d'une solution innovante	p.117
A - Le marché de recherche et développement (R&D)	p.117
1. L'objet du marché de recherche et développement	p.117
2. Les conditions de recours au marché de recherche et développement	p.119
3. Le régime applicable au marché de recherche et développement	p.124
4. Le contenu du marché de recherche et développement	p.125
5. Les avantages et inconvénients du marché de recherche et développement	p.125

B - L'achat public avant commercialisation (Apac)	p.127
1. La définition et l'objet de l'Apac	p.127
2. Les conditions de recours à l'Apac	p.128
3. Les avantages et inconvénients de l'Apac	p.129
C - Le marché d'expérimentation	p.130

Chapitre II

Le partenariat d'innovation	p.131
A - L'objet du partenariat d'innovation	p.131
B - Les conditions de recours au partenariat d'innovation	p.133
1. Le partenariat d'innovation porte sur le développement d'une solution innovante	p.133
2. L'indisponibilité de la solution sur le marché	p.134
C - Le contenu du partenariat d'innovation	p.134
1. Le phasage du partenariat d'innovation	p.134
2. La durée du partenariat d'innovation	p.136
3. La valeur du partenariat d'innovation	p.136
4. La répartition des droits de propriété intellectuelle	p.137
D - La passation du partenariat d'innovation	p.139
1. Procédure avec négociation	p.139
2. Les documents de la consultation	p.140
3. La sélection des candidatures et des offres	p.142
4. La négociation obligatoire	p.144
E - Le déroulement du partenariat d'innovation	p.145
1. Pluralité de titulaires	p.145
2. Exécution phase par phase	p.146
3. Acquisition de la solution	p.148

Partie 5

Mise en œuvre de l'achat public innovant

Chapitre I

La préparation de l'achat public innovant	p.153
A - Définir son besoin en solution innovante	p.153
1. Rappel de l'obligation de définir le besoin	p.153
2. La définition fonctionnelle du besoin	p.154
B - Allotir les prestations innovantes	p.156
C - Fractionner les prestations du marché	p.157
D - Autoriser les variantes	p.158
E - Adapter les délais de procédure et la durée du marché	p.159
F - Intégrer l'innovation dans les critères de sélection des soumissionnaires	p.160

G - Définir contractuellement la répartition des droits de propriété intellectuelle	p.161
1. La référence aux clauses de propriété intellectuelle des cahiers des clauses administratives générales (CCAG).....	p.161
2. La distinction entre les connaissances antérieures et les résultats.....	p.162
3. Le régime d'utilisation des résultats.....	p.163
4. Le régime d'utilisation des connaissances antérieures.....	p.165
5. La valorisation des droits de propriété intellectuelle.....	p.166
H - Anticiper les évolutions et l'innovation pendant l'exécution du contrat	p.167
1. Insérer une clause de réexamen.....	p.168
2. Intégrer une clause de progrès.....	p.169
I - Anticiper l'après-contrat	p.170
Chapitre II	
Les procédures et les techniques d'achat favorables à l'innovation	p.173
A - Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable	p.173
1. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant.....	p.174
2. Les marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur objet.....	p.174
3. Les marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de l'opérateur économique.....	p.174
B - Les marchés passés en procédure adaptée	p.175
C - Les procédures formalisées	p.176
1. La procédure d'appel d'offres.....	p.176
2. La procédure avec négociation.....	p.177
3. Le dialogue compétitif.....	p.178
D - Le recours aux marchés globaux	p.180
E - Les techniques d'achat adaptées à l'achat innovant	p.180
1. Le recours à l'accord-cadre.....	p.181
2. Le concours.....	p.182
3. Le système d'acquisition dynamique.....	p.182
Chapitre III	
Le marché public innovant	p.183
A - Les origines du marché public innovant	p.183
B - Les conditions de recours au marché public innovant	p.183
1. Le caractère innovant des travaux, fournitures ou services.....	p.184
2. Un achat limité à 100 000 euros hors taxes.....	p.186
3. Un seuil abaissé à 80 000 euros hors taxes pour les lots innovants.....	p.187
4. Le contenu du marché public innovant.....	p.187
5. Le respect des grands principes de la commande publique.....	p.188
6. L'obligation de déclaration du marché public innovant.....	p.188
C - Les avantages et les limites du marché public innovant	p.189
D - Quels cas d'application ?	p.189
Annexe	p.191

Introduction

Innovation et commande publique

L'innovation constitue l'un des piliers de la commande publique.

L'innovation dans la commande publique est en effet considérée comme un outil essentiel pour améliorer et moderniser les services publics, pour adapter ceux-ci à un nouvel environnement technique et technologique.

C'est en particulier le cas dans les secteurs de la construction et de l'aménagement du territoire, de la santé, de la défense, des transports et de la mobilité ou encore des technologies de l'information et de la communication (TIC) pour ne citer qu'eux.

Les initiatives publiques en la matière ne manquent pas : création d'agences étatiques dédiées, mise en place de structures d'accompagnement, organisation d'appels à projets ou de concours.

L'innovation est également perçue comme un moyen d'adapter les services publics aux enjeux contemporains, en particulier les enjeux climatiques (planification écologique, efficacité énergétique des bâtiments).

D'une façon plus générale, l'innovation est appréciée comme un vecteur de performance du service public, l'innovation se caractérisant principalement par sa nouveauté, et de performance des achats (« acheter mieux et moins cher »).

Enfin, l'innovation dans la commande publique et plus précisément la stimulation de l'innovation par la commande publique sont considérées comme un outil de politique économique fort : favoriser l'émergence et le développement des entreprises innovantes (notamment les Très Petites Entreprises (TPE) et les Petites et Moyennes Entreprises (PME)) et encourager le développement de filières industrielles et technologiques, à une époque où les questions de souveraineté économique sont toujours plus d'actualité.

Les pouvoirs publics, au niveau européen et au niveau national, mettent donc en place depuis plus d'une dizaine d'années les outils permettant de favoriser l'innovation dans la commande publique et promouvoir l'achat public innovant.

Le périmètre de l'achat public innovant

L'achat public innovant, du moins dans le présent ouvrage, vise deux cas de figure.

Tout d'abord, l'achat public innovant vise l'acquisition en tant que telle d'une solution innovante, c'est-à-dire une solution qui est nouvelle ou sensiblement améliorée par rapport à des solutions existantes.

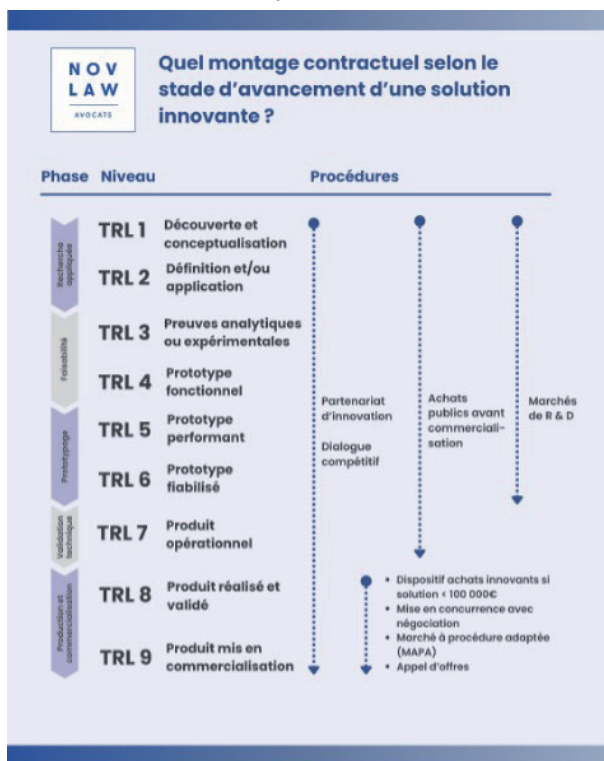
Cette solution innovante existe, elle est commercialisée ou sur le point de l'être.

Dans ce cas, comme on l'exposera dans le présent ouvrage, l'acheteur pourra acquérir cette solution innovante, principalement soit au moyen de contrats favorisant l'acquisition d'une telle solution (marché public innovant), soit en ayant recours à une procédure de mise en concurrence favorable à l'innovation (procédure avec négociation, dialogue compétitif).

Ensuite, l'achat public innovant vise la participation (active ou passive) de l'acheteur au processus d'innovation (ou à certaines des étapes seulement de ce processus), c'est-à-dire au processus qui peut potentiellement aboutir au développement d'une solution innovante qui sera *in fine* mise en commercialisation.

À cette fin, l'acheteur pourra par exemple mener des études conjointement avec un partenaire privé, mais sans nécessairement que ces études aboutissent à une solution concrète.

Application de l'échelle TRL (*technology readiness level*) et achat public innovant



Florent Tap pour Novlaw Avocats

Il incombera donc à l'acheteur, en particulier via l'étude du marché considéré, d'apprécier s'il se situe dans un cas ou dans l'autre, c'est-à-dire, très concrètement, si son besoin peut être satisfait par une solution innovante existante (« la solution existe ») ou si, à l'inverse, aucune solution sur le marché n'est susceptible d'y répondre (« la solution n'existe pas »).

De cette appréciation découlera alors la nature et l'objet du besoin de l'acheteur et *in fine* la nature et l'objet du contrat qu'il serait amené à conclure, voire les obligations de publicité et de mise en concurrence en découlant.

L'objet du présent ouvrage est justement d'exposer les contrats, procédures, pratiques et actions en matière d'achat public innovant.

Partie 1

Fondements de l'innovation dans les achats publics

C'est un constat partagé par de nombreux acheteurs, la définition de l'innovation est difficile à appréhender et à cerner, en particulier par rapport à d'autres notions à l'instar de la recherche et développement.

Dans la pratique, il est certain que cette difficulté à définir l'innovation constitue un frein pour les acheteurs au recours aux achats publics innovants.

Ainsi, comme on l'exposera, si un marché peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence pour acquérir une solution dont la valeur est inférieure à 100 000 euros hors taxes, c'est à la condition pour l'acheteur d'établir que cette solution est innovante.

De même, le caractère innovant d'un besoin peut permettre de justifier le recours à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif.

Il y a donc un impératif pour l'acheteur à démontrer et à établir le caractère innovant de la solution qu'il acquiert ou qui est susceptible de répondre à son besoin, ce qui implique au préalable d'appréhender ce qu'est l'innovation.

L'objet du premier chapitre de cette première partie est donc de s'atteler à définir ce qu'est l'innovation, du moins d'en déterminer le périmètre.

À cet égard, il n'est pas possible de définir l'innovation, sans déterminer la recherche et développement, dont la définition apparaît très souvent omise dans les différents travaux et guides en la matière.

Pourtant, la recherche et développement apparaît tout aussi essentielle que l'innovation dans le cadre de l'achat public innovant.

De fait, de nombreux acheteurs réalisent, seuls ou avec des partenaires tiers, des activités de recherche et développement, sans pour autant que cela aboutisse directement au développement d'une solution innovante.

Plus encore, appréhender le périmètre respectif de l'innovation et de la recherche et développement permet de caractériser l'objet de l'achat et le régime de celui-ci.

Ainsi, si l'acheteur acquiert des activités de recherche et développement, cet achat peut se faire (à certaines conditions) hors du champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code de la commande publique.

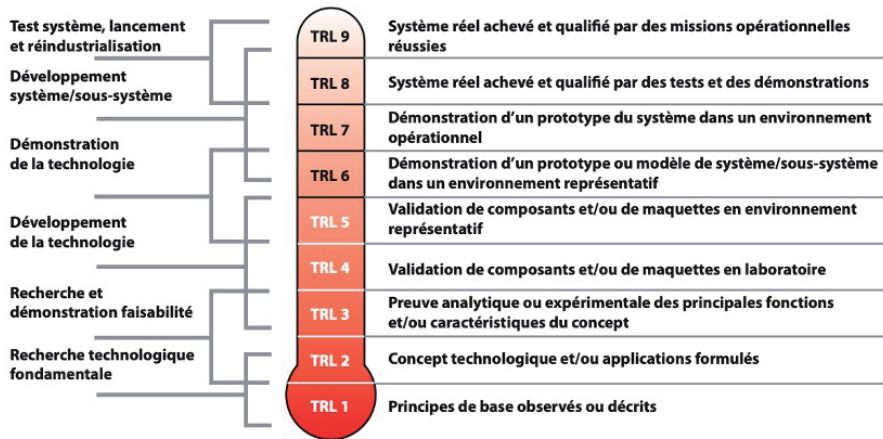
À l'inverse, si le contrat porte sur l'acquisition d'une solution innovante répondant à un besoin de l'acheteur, les règles du Code de la commande publique trouveront *a priori* à s'appliquer.

Il est donc essentiel pour l'acheteur de distinguer ce qui relève de la recherche et développement et ce qui relève de l'innovation, afin de déterminer l'objet de son achat, du contrat et de la procédure de passation éventuellement applicable.

À cet égard, il peut être évoqué l'échelle TRL (*technology readiness levels*) qui est une méthode de mesure de la maturité d'une innovation, généralement une innovation technologique.

Cette méthode comporte neuf niveaux de maturité de développement de l'innovation.

Représentation de l'échelle TRL



Source : direction générale des Entreprises, Rapport sur les technologies clés en 2015, 2010.

Cette méthode est usuellement utilisée afin d'apprécier le montage contractuel le plus adapté à chaque étape du développement d'une innovation¹.

Le second chapitre de cette partie de l'ouvrage sera donc consacré à définir la recherche et développement et son périmètre.

1. Voir figure p. 10 (introduction).

Chapitre I

Comprendre l'innovation

De façon schématique, l'innovation est essentiellement définie comme un bien, un produit, des travaux ou un service qui est nouveau ou sensiblement amélioré par rapport à l'existant.

Cette définition a été notamment élaborée dans les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques et de l'Union européenne, puis elle a été reprise par cette dernière et le législateur français dans les différents textes applicables en matière de commande publique.

A - Définition de l'innovation

1. Le *Manuel d'Oslo*

Classiquement, il est fait référence pour définir l'innovation aux éléments de définition élaborés et développés aux termes des « *Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation* », couramment appelés comme le *Manuel d'Oslo*.

Le *Manuel d'Oslo* est un instrument international qui a été mis en place par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et l'Union européenne, et qui a bénéficié des contributions de plusieurs institutions internationales comme l'Unesco, la Banque mondiale ou encore certaines banques régionales de développement.

Le *Manuel d'Oslo*, dont la première édition date de 1992, a pour objet de fournir un cadre général permettant de définir l'innovation, ou du moins d'apporter des éléments permettant d'appréhender cette notion.

Il est conçu, comme l'écrit Angel Gurría, secrétaire général de l'OCDE, entre 2006 et 2021 comme « *une norme ouverte et volontaire* », en ce que chaque pays ou organisation peut s'en saisir, peu importe le type d'innovation ou le secteur d'activité.

L'innovation est définie notamment aux termes de la troisième édition du *Manuel d'Oslo*, publiée au cours de l'année 2005, comme :

Définition de l'innovation selon le *Manuel d'Oslo*

« Une innovation est la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures.

[...]

Une caractéristique commune à toutes les catégories d'innovation est qu'elle doit avoir été mise en œuvre. Un produit nouveau ou amélioré est mis en œuvre quand il est lancé sur le marché. Un procédé, une méthode de commercialisation ou une méthode d'organisation est mis en œuvre quand il (elle) est effectivement utilisé(e) dans le cadre des opérations d'une firme. »

L'innovation est donc protéiforme, elle concerne tous les types de bien ou service et tous les secteurs.

L'innovation se caractérise par sa dimension opérationnelle, c'est-à-dire par le fait qu'elle a été mise en œuvre au sein d'une organisation ou qu'elle est disponible sur le marché (en l'occurrence, elle est commercialisée ou sur le point de l'être).

À l'inverse, si une solution n'est pas en mesure d'être utilisée et/ou d'être mise sur le marché, alors on ne peut pas (encore) parler d'innovation, mais plutôt de prototype, d'expérimentation voire d'invention ou encore d'idée, selon le stade de développement ou de maturité.

En définitive, comme le souligne Joseph Schumpeter, « *l'innovation consiste à industrialiser l'objet d'une découverte puis à l'introduire avec succès sur le marché* »².

Notons également que l'édition actualisée du *Manuel d'Oslo* – en l'occurrence la quatrième édition publiée en octobre 2018 – apporte des précisions sur la définition de l'innovation d'entreprise qui auparavant reposait sur l'énumération de quatre types d'innovation : l'innovation de produit, de procédé, organisationnelle et de commercialisation.

Désormais l'innovation d'entreprise reprend la définition en utilisant le terme « unité » pour désigner l'acteur responsable de l'innovation (entreprises, administrations publiques et tout autre acteur).

L'innovation se définit également comme :

Définition de l'innovation selon le *Manuel d'Oslo*

« Un produit ou un processus (ou une combinaison des deux) nouveau ou amélioré qui diffère sensiblement des produits ou processus précédents d'une unité et a été mis à la disposition d'utilisateurs potentiels (produit) ou mis en œuvre par l'unité (processus). »

2. Schumpeter J., *Théorie de l'évolution économique*, 1926.