Février 2023

Marché public : Comment déterminer le caractère innovant d'une solution innovante ?

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

JULIANE GAURY
AVOCATE

Paris :
53 boulevard de Magenta
75010 Paris

Lyon :
123 rue Tête d'Or
69003 Lyon

Tél. : 01 44 01 46 36
Mail : contact@novlaw.fr

Contrats Publics
Actualités MONITEUR JURIS

Comment déterminer le caractère innovant d'une solution ?

Dans le cadre du Code de la commande publique, le législateur a opté pour une définition relativement large, qui peut apparaître imprécise, de l'innovation lors de la rédaction de l'article L. 2172-3. L'utilisation d'un faisceau d'indices peut s'avérer pertinente pour accompagner les acheteurs dans la détermination au cas par cas du caractère innovant de leurs achats.

Depuis plusieurs années, sous l'impulsion notamment de l'Union européenne, il est question de favoriser l'intégration de l'innovation dans la commande publique.

Cette intégration est perçue par les pouvoirs publics comme un axe majeur de progrès, dans une logique à la fois d'améliorer les services publics et d'optimiser la dépense publique. Dans le même temps, la demande publique en matière d'innovation doit permettre de faire grandir les entreprises innovantes[1].

En parallèle, il est fait le constat d'une certaine forme de rigidité de la commande publique pour intégrer l'innovation, par définition nouvelle ou sensiblement nouvelle (comme cela sera exposé ci-dessous) de sorte qu'elle ne rentre pas forcément dans un cadre où l'acheteur a l'obligation de définir avec précision son besoin. De fait, comment définir précisément son besoin lorsque la solution pour y répondre est nouvelle ?

L'innovation dans le Code de la commande publique

L'innovation et plus précisément le caractère innovant de travaux, fournitures et services induisent, voire conditionnent, le recours à certains montages contractuels et procédures de passation. Cependant, l'innovation fait l'objet d'une définition relativement large qui offre une certaine souplesse mais qui est également source d'incertitude juridique.

Une condition de recours à certains montages contractuels et procédures de passation

Afin de remédier à cette rigidité, plusieurs montages contractuels, en l'occurrence le marché public innovant et le partenariat d'innovation[2], ainsi que des pro-

Auteurs

Laurent Bidault
Juliane Gaury
Avocats au barreau de Paris
Novlaw Avocats

(1) Ministère de l'Économie, Pour une commande publique au service des acheteurs et des PME innovantes, 16 janvier 2019.
(2) Voir par ailleurs dans ce dossier.

cédures de passation, la procédure avec négociation et le dialogue compétitif, doivent pouvoir faciliter l'intégration de l'innovation dans les marchés publics.

De façon schématique, un acheteur a la possibilité de conclure un marché public négocié portant sur des travaux, des fournitures et des services innovants[3], d'une valeur estimée inférieure à 100 000 euros HT – et cela directement, sans publicité ni mise en concurrence préalables. Dispensé de telles obligations procédurales, l'acheteur peut donc plus aisément acquérir une solution innovante, qui ne rentrerait pas dans le cadre classique d'un appel d'offres ou d'un cahier des charges.

Le recours au partenariat d'innovation permet à l'acheteur d'acquérir, après une phase obligatoire de recherche et développement, une solution innovante[4]. Le cadre partenarial de ce contrat permet ainsi à l'acheteur et son partenaire de coconstruire la solution innovante, parce que notamment elle n'existait pas auparavant sur le marché, qui pourrait répondre au besoin de l'acheteur.

Ces deux marchés portent donc sur l'acquisition – immédiatement ou à terme – de solutions innovantes, la détermination du caractère innovant de la solution constituant une condition de recours, en particulier pour le marché public innovant.

Il en va de même s'agissant de la procédure avec négociation et de la procédure de dialogue compétitif, dont l'une des hypothèses de recours pour les seuls pouvoirs adjudicateurs, est « lorsque le besoin consiste en une solution innovante »[5]. Étant précisé que les entités adjudicatrices peuvent avoir recours sans condition à ces deux procédures formalisées.

Si ces deux procédures peuvent permettre de favoriser l'intégration de solutions innovantes par la négociation mais surtout le dialogue, qui succinctement va permettre à l'acheteur de faire participer les candidats à la définition et au développement des solutions de nature à répondre à ses besoins, le recours à ces deux procédures n'en demeure pas moins conditionné au fait que les travaux, fournitures et services, objet du marché, doivent être « innovants ».

En définitive, appréhender le caractère innovant d'une solution et déterminer celui-ci revêtent donc une importance particulière.

Une définition légale large…

Aux termes des dispositions de l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique, « sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés », ajoutant que « 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 »[6].

Cette définition – qui était déjà celle précisée aux termes du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics[7] – est directement issue de la directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 relative aux marchés publics, cette dernière définissant de façon quasi identique l'innovation[8].

Partant, l'innovation vise donc les travaux, fournitures ou services qui sont nouveaux ou qui sont sensiblement améliorés par rapport à l'existant. Outre la solution elle-même, sans doute afin de tenter de préciser cette définition, il est donné des exemples de ce que peut recouper l'innovation : notamment, un nouveau procédé de production ou une nouvelle méthode de commercialisation.

On ne peut alors que souligner le caractère relativement large, voire imprécis, de cette définition.

La doctrine administrative a pu mettre en exergue que « l'objet innovant peut tenir dans le résultat obtenu, comme dans le processus pour y parvenir. (…) l'évolution peut, par exemple, viser la rationalisation de l'organisation d'un service par une utilisation accrue des outils numériques » et que « la teneur de l'innovation ne se résume pas à une authentique nouveauté. (…) on ne limite pas le caractère innovant aux moyens ou résultats inconnus jusqu'alors : une évolution significative, sans novation, suffit à l'identifier (…) »[9], témoignant tant des caractères protéiformes et larges de cette définition, offrant aux acheteurs une certaine souplesse.

À l'inverse, le professeur Linditch soulignait à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code de la commande publique le caractère imprécis, voire faux, de la définition d'innovation qui en assimilant l'innovation à la nouveauté, serait susceptible d'induire en erreur « les acheteurs trop confiants [qui] pourraient penser que tout ce qui est nouveau peut être acquis à l'aide du marché négocié précédé d'une publicité »[10].

(3) CCP, art. R. 2122-9-1.
(4) CCP, art. L. 2172-3.
(5) CCP, art. R. 2124-3 et R. 2124-5.

(6) Cette définition est également reprise aux termes des dispositions de l'article R. 2124-3 du CCP concernant les conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoir adjudicateurs.
(7) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 25.
(8) Directive 2014/24/UE du 24 février 2014 sur la passation des marchés publics, art. 2 : « Innovation : mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».
(9) S. Hourson, « Partenariat d'innovation », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 24 mars 2017 ; voir également : P. Villeneuve, « Réaliser des achats innovants : conseils et méthodes pour les acheteurs publics », *Contrats et Marchés publics*, 20 mai 2019.
(10) F. Linditch, « Nouveau Code de la commande publique, les 10 réformes qui s'imposent Première partie : les nouveaux marchés négociés et les avenants », *JCP A* n° 23, 11 juin 2018, 2174.

Par ailleurs, la jurisprudence administrative n'a pas apporté à notre connaissance de précisions sur la notion d'innovation au sens du droit de la commande publique.

… qui peut constituer un frein à l'achat innovant

En tout état de cause, en pratique, le caractère général de cette définition n'est pas sans conséquence.

Certains acheteurs – parmi les plus matures sur les questions d'innovation – ont clairement considéré la souplesse de cette définition comme un atout dans leur démarche d'acquisition de solutions innovantes.

À cet égard, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et l'Observatoire économique de la commande publique (OECP) ne manquent pas de souligner aux termes de leur *Guide pratique de l'achat public innovant* que « le caractère large de la définition retenue par le code laisse une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs », ce qui n'est pas anodin dans une optique de favoriser les achats innovants et le recours notamment au marché public innovant.

La réalité est cependant plus contrastée.

En effet, nombre d'acheteurs – sans doute moins avancés, voire *a priori* concernés par l'innovation – sont réticents à avoir recours à des marchés ou à des procédures impliquant l'innovation, face aux difficultés à circonscrire la définition de cette dernière et à la potentielle insécurité juridique en découlant.

C'est ce que soulignait la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et l'OECP dans leur rapport du mois de juin 2021 sur les achats innovants : « les acheteurs ont encore de grandes difficultés à qualifier et à confirmer le caractère innovant de certains de leurs marchés. Ainsi, certains acheteurs font des achats innovants sans le savoir et d'autres préfèrent ne pas qualifier d'innovants des achats qui le sont. Le périmètre de l'achat public innovant qui se veut souple apparaît pour certains acheteurs imprécis. La souplesse de la notion d'innovation semble perturber les acheteurs ».

En l'état, les seules dispositions du Code de la commande publique n'apparaissent donc pas satisfaisantes pour appréhender et déterminer le caractère innovant d'une solution.

Appréhender le caractère innovant

Le Manuel d'Oslo, dont est issue la définition d'innovation de la directive européenne 2014/24/UE et du Code de la commande publique, permet d'appréhender ce que recoupe l'innovation et constitue ainsi une première base qui permet de définir et de circonscrire la notion d'innovation[11].

Comme évoqué, le Manuel d'Oslo définit l'innovation comme « 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 ».

Les caractéristiques communes aux innovations

• L'innovation est liée à la nouveauté

À l'instar donc des dispositions du Code de la commande publique, l'innovation se traduit par le caractère nouveau d'une solution ou de son caractère sensiblement amélioré.

Pour autant, si elle est liée à la nouveauté, l'innovation ne doit pas être complètement assimilée à celle-ci. La nouveauté constitue assurément l'indice le plus probant qu'une solution serait innovante, mais ce qui est nouveau n'est pas nécessairement innovant. De fait, un bien peut avoir été produit récemment, sans comporter d'innovation[12].

Cette nouveauté doit donc s'apprécier comparativement à l'existant, par rapport aux solutions disponibles sur un marché donné, ce qui implique pour l'acheteur si ce n'est de connaître son marché, *a minima* d'avoir entrepris des démarches de type sourcing pour apprécier celui-ci.

Partant, une solution peut être considérée comme innovante, plusieurs années après sa mise sur le marché, en ce que comparativement à des solutions répondant à un besoin similaire, elle permet, elle, d'y répondre de façon innovante.

• Tous changements ou évolutions ne constituent pas une innovation

Certains changements ne peuvent cependant pas être considérés comme des nouveautés ou ne peuvent permettre de considérer qu'une solution serait sensible améliorée. Le Manuel d'Oslo fournit plusieurs exemples en ce sens.

Ainsi, le fait pour une entreprise d'arrêter d'utiliser d'un procédé de fabrication ou d'une méthode de commercialisation ne constitue pas une innovation. Il en va de même du remplacement ou de l'extension d'un équipement ou d'un outil (par exemple, la mise à jour d'un logiciel), de changements liés uniquement aux variations du prix des facteurs de production (matière première, composant), ou encore des modifications saisonnières régulières.

De même, n'est pas considéré comme une innovation un concept, un prototype ou encore un simple modèle d'un produit qui n'existe pas encore, puisqu'ils n'ont pas encore été mis en œuvre.

• L'innovation doit avoir été mise en œuvre

Autre élément important de cette définition, le fait que l'innovation doit avoir été mise en œuvre. Il s'agit ici

(11) Manuel d'Oslo, OCDE, 4e édition, 2018.

(12) F. Linditch, précité.

d'une caractéristique commune à toutes les innovations, qui les distinguent de la recherche et développement (cf. *infra*). Ainsi, un produit nouveau ou amélioré est mis en œuvre quand il est lancé sur le marché ou sur le point de l'être. 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 de l'entreprise en cause.

Concrètement, une solution (au sens large) est commercialisée ou sur le point de l'être. Elle se distingue ainsi de l'invention ou de la découverte par son caractère opérationnel.

• La recherche et développement n'est pas une innovation

L'innovation ne doit pas être confondue par la recherche et développement.

Pour mémoire, 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 »[13].

La distinction entre ces deux notions réside, comme évoqué ci-dessus, dans le caractère opérationnel de l'innovation, laquelle est sur le marché ou sur le point de l'être, alors que la recherche et développement relève encore des études et recherches aux fins peut-être de développer une solution qui sera innovante. Cette segmentation est particulièrement tangible dans le cadre du partenariat d'innovation[14].

Les principales catégories d'innovation

Reprenant en partie la classification opérée notamment par Joseph Schumpeter, le Manuel d'Oslo divise l'innovation en plusieurs catégories qui permettent également d'appréhender plus concrètement encore la nature de celle-ci.

Ainsi, on peut distinguer :
– l'**innovation de produit** (biens, services...) 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'exemple qui illustre parfaitement cette catégorie est celui du vélo ou des trottinettes en libre-service (free-floating) consistant en un nouvel usage de bien existant ;
– l'**innovation de procédé** correspond à la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée. Cette définition implique en principe des changements significatifs dans les techniques, le matériel ou encore de logiciel.
Ainsi, un procédé peut être considéré comme étant innovant parce qu'il a pour but de diminuer les coûts de conception et de réalisation d'un ouvrage, par exemple, à l'instar du recours au processus BIM ou des outils de conception assistée par ordinateur ;
– 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.
À titre d'illustration, les services de drive ou de click-and-collect constituent des innovations de commercialisation ;
– l'**innovation d'organisation** correspond la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures d'une entreprise.

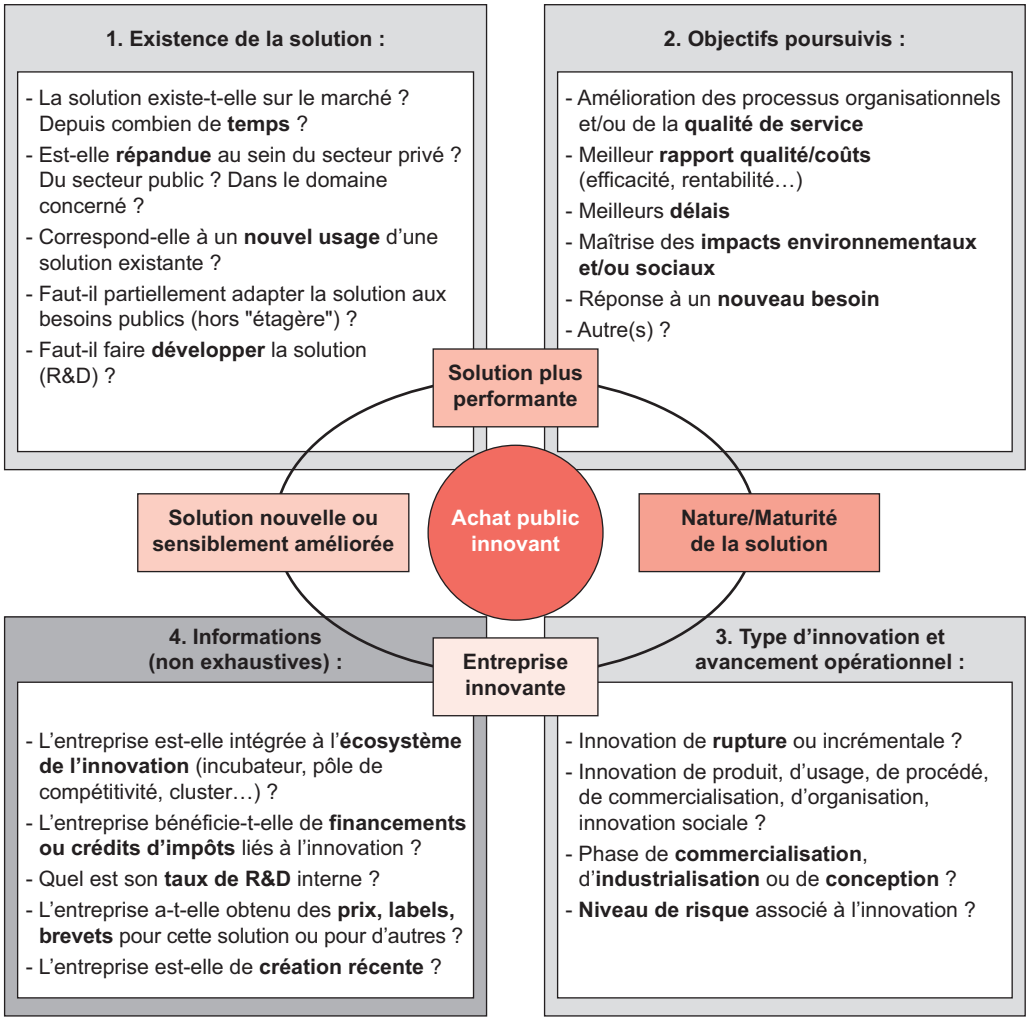
Le flex-office constitue par exemple une innovation dans l'organisation d'une entreprise.

Vocabulaire de l'innovation (extraits)[15]

– **Innovation continue** (ou permanente) : processus d'amélioration progressive et régulière apportée à un produit ou à un service, à un procédé de production, à une technique de commercialisation ou au mode d'organisation d'une entreprise.
– **Innovation de rupture** (ou disruptive) : innovation qui modifie fondamentalement un produit ou un service, un procédé de production, une technique de commercialisation ou le mode d'organisation d'une entreprise.
– **Innovation incrémentale** : innovation qui améliore un produit ou un service, un procédé de production, une technique de commercialisation ou le mode d'organisation d'une entreprise sans en modifier fondamentalement les caractéristiques ou le fonctionnement.
– **Innovation inversée** : innovation conçue dans un pays émergent ou en développement pour le marché local et qui est ensuite diffusée dans les pays développés.
– **Innovation ouverte** : processus d'innovation mis en place par une organisation, qui fait appel à divers partenaires extérieurs, en recourant notamment à des pratiques participatives et à l'ouverture des données.
– **Innovation par la demande** : innovation proposée sur le marché, qui répond à l'expression d'une demande ou à un besoin identifié.
– **Innovation par l'offre** : innovation proposée sur le marché, qui résulte d'une découverte scientifique ou d'un progrès technique.

(13) CCP, art. L. 2512-5.
(14) Voir par ailleurs.

(15) Vocabulaire de l'innovation (liste de termes, expressions et définitions adoptés), NOR : CTNR1832364K, *JO* n° 0283 du 7 décembre 2018.



Faisceau d'indices

Source : *Guide pratique de l'achat public innovant*

L'utilisation d'un faisceau d'indices

Le ministère de l'Économie et l'OECP, dans son *Guide pratique de l'achat public innovant* susvisé, recommande l'utilisation d'une méthode de faisceau d'indices afin d'apprécier le caractère innovant d'une solution. Ainsi, il est fait le constat que les notions d'innovation et d'achat public innovant sont relativement souples, de sorte que l'utilisation d'un faisceau d'indices peut s'avérer pertinente pour accompagner les acheteurs dans la détermination au cas par cas du caractère innovant de leurs achats.

Ce faisceau d'indices se présente en la forme d'une série de questions et présente « l'avantage de s'adapter à un grand nombre de situations et serait plus adéquat pour accompagner les acheteurs »[16].

Soulignons que cette méthode apparaît tout aussi utile pour les opérateurs économiques qui peuvent s'interroger sur le caractère innovant des solutions susceptibles de trouver un débouché commercial dans le secteur public et leur potentielle éligibilité à un dispositif comme le marché public innovant.

Ces questions portent concrètement sur les caractéristiques du produit ou de la solution en cause, les objectifs poursuivis par cette solution, son état d'avancement opérationnel, le statut de l'entreprise qui produit/fournit cette solution.

Il faut préciser que pour les auteurs de ce Guide et de cette méthode, il n'y a pas de taux de réponse minimal qui permettrait de garantir que la solution en cause est innovante.

Schématiquement, ces indices sont répartis en quatre séries de questions concernant principalement l'existence de la solution innovante, les objectifs poursuivis par cette solution, le type et l'état d'avancement opérationnel de la solution, et le caractère innovant de l'entreprise en cause.

Ainsi, s'agissant de l'existence de la solution, l'acheteur est notamment amené à s'interroger sur l'existence de

(16) *Guide pratique de l'achat public innovant*, précité.

la solution sur le marché. Étant précisé que si la solution n'existe pas encore sur le marché nécessitant un développement encore important, elle ne peut être considérée comme une innovation proprement dite[17].

Concernant les objectifs poursuivis par la solution, l'acheteur apprécie si la solution améliore la qualité du service notamment ou encore si elle présente un meilleur rapport qualité/coût.

Comme évoqué ci-dessus, les caractéristiques de l'entreprise qui propose la solution constituent également des indices permettant d'apprécier le caractère innovant de celle-ci. Dans ce cadre, l'acheteur regarde si l'entreprise est intégrée à l'écosystème de l'innovation (appartenance à un incubateur ou à un pôle de compétitivité par exemple), si elle a bénéficié de crédits d'impôt ou d'aides liés à l'innovation ou encore si elle dispose de labels ou de brevets.

Il faut toutefois noter que, pour les auteurs du Guide, les questions relatives au caractère innovant de l'entreprise qui propose la solution doivent occuper une place moins prépondérante que les questions relatives au caractère innovant de la solution, elle-même.

En effet, le fait qu'une entreprise soit de création récente – on pense notamment aux start-ups – n'implique pas nécessairement que la solution qu'elle propose soit innovante ; pour le dire autrement, la nouveauté de la solution ne peut pas se déduire du fait que la société qui la propose est nouvelle.

Partant, compte tenu du caractère relativement général de l'innovation, la méthode du faisceau d'indices peut s'avérer utile pour que l'acheteur puisse apprécier le caractère innovant d'une solution et le cas échéant sécuriser le recours à certains marchés ou procédures de passation.

Test Achat innovant :

S'inspirant de cette méthode du faisceau d'indices, le cabinet NOVLAW Avocats a élaboré un test qui permet, après avoir répondu à quinze questions, d'apporter une première indication sur le caractère innovant d'une solution (travaux, fournitures, services) au regard des règles de la commande publique[18].

(17) Dans un tel cas de figure, le recours au partenariat d'innovation pourra s'avérer intéressant.

(18) https://novlaw.fr/test-achat-innovant/