Février 2023

Marché public : Le recours au partenariat d'innovation

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

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

Le recours au partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation prévu à l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante. Pourtant, les acheteurs se montrent réticents à recourir à ce type de marché compte tenu de ses caractéristiques. Comment utiliser efficacement cet outil ?

Auteur

Laurent Bidault
Avocat au barreau de Paris
Novlaw Avocats

D'origine européenne, l'introduction du partenariat d'innovation dans le droit de la commande publique s'inscrit dans la volonté des pouvoirs publics de favoriser l'intégration de l'innovation dans la commande publique.

Le partenariat d'innovation constitue sans doute la forme contractuelle la plus évoluée d'intégration de l'innovation : en effet, comme cela sera exposé ci-après, il a pour objet de répondre à un besoin qui ne peut être satisfait par le marché parce qu'aucune solution n'est disponible sur celui-ci. L'acheteur et son partenaire vont alors s'engager, de façon partenariale, dans un processus de recherche et développement aux fins d'élaborer cette solution, qui sera ensuite acquise par l'acheteur.

Pourtant, le partenariat d'innovation constitue un outil sous-estimé – et par voie de conséquence sous-utilisé – par les acheteurs, ces derniers se montrant réticents à y recourir en raison de ses conditions de recours, de sa procédure de passation, de son fonctionnement, voire des compétences et moyens techniques ou juridiques, que peuvent nécessiter son élaboration, sa passation et son exécution.

Les caractéristiques du partenariat d'innovation

Apparu à l'occasion des directives « marchés publics », le partenariat d'innovation est un marché qui a à la fois pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants, puis l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant, qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché[1].

(1) CCP, art. L. 2172-3.

Le partenariat d'innovation est à ce titre régi par les dispositions applicables aux marchés publics, sauf dispositions spécifiques concernant en particulier son contenu, ses modalités de passation, ses conditions d'attribution, le déroulement du contrat ou encore sa valeur[2].

L'acquisition de produits, services ou travaux indisponibles sur le marché

La condition principale de recours au partenariat d'innovation réside dans le fait que le besoin de l'acheteur ne peut être satisfait par les produits, services ou travaux innovants qui sont disponibles sur le marché. Ou alors si ces produits, services ou travaux sont disponibles, ils nécessitent des développements conséquents, relevant plus de la recherche et développement que de simples adaptations, pour répondre au besoin de l'acheteur.

Lorsqu'il conclut un partenariat d'innovation, l'acheteur achète d'une certaine façon quelque chose qui n'existe pas, du moins par encore. D'ailleurs, et il s'agit là d'un risque inhérent à toute démarche d'innovation, il peut s'avérer que le partenariat d'innovation n'aboutisse pas, la recherche et développement échouant à ce qu'une solution puisse être acquise.

Il incombe à l'acheteur d'apprécier et de justifier l'indisponibilité ou l'inexistence sur le marché de produits, services ou travaux susceptibles de répondre à son besoin, en particulier dans le cadre d'études et d'échanges d'informations préalables avec les opérateurs économiques[3].

Ces démarches peuvent notamment consister en la réalisation de sourcing ou d'études de marché.

Relevons que ni les textes ni la jurisprudence ne précisent le marché pertinent sur lequel l'acheteur doit effectuer ces démarches.

Cependant, en pratique, il peut être considéré que le marché pertinent est le marché européen, ou *a minima* un marché intégrant les régions ou pays frontaliers, dans la mesure où le partenariat d'innovation est un montage contractuel d'origine européenne[4].

Il faut insister sur le fait que la circonstance qu'un premier appel d'offres se soit révélée infructueux ne permet pas de caractériser l'inexistence d'une solution répondant au besoin de l'acheteur, cette infructuosité peut en effet résider par exemple dans le fait que l'acheteur a mal défini son marché.

Enfin, il peut s'avérer opportun que l'acheteur expose dans les documents de la consultation, en particulier le règlement de la consultation, les démarches qu'il a pu accomplir ou les raisons pour lesquelles aucune solution déjà disponible est susceptible de répondre à son besoin[5].

Recommandation

Eu égard les conditions de recours du partenariat d'innovation, sa structure (durée importante, relation partenariale, phasages, contrôle des objectifs) et son objet (R&D, appréciation de la solution développée) il peut s'avérer pertinent que l'acheteur constitue une équipe dédiée pour, tout à la fois, apprécier l'inexistence de la solution, définir le besoin et la procédure adéquate, puis suivre l'exécution du contrat au sein d'un comité de pilotage par exemple.

Dans la mesure du possible, cette équipe pourrait être pluridisciplinaire, composée d'acheteurs, de juristes, de financiers, et de techniques, spécialistes notamment dans le domaine objet du contrat.

Un double objet

L'objet du partenariat d'innovation est double : les activités de recherche et développement (R&D) et l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux résultant de ces activités.

Ce double objet a des conséquences sur l'exécution du partenariat d'innovation puisque comme cela sera exposé ci-après, celui-ci doit obligatoirement comporter deux phases successives : une phase de R&D et une phase d'acquisition.

Ce double objet constitue également une particularité importante du partenariat d'innovation par rapport à d'autres montages contractuels existants dans la commande publique en matière d'innovation.

En effet, le partenariat d'innovation est le seul contrat qui intègre des activités de R&D, puis l'acquisition de la solution en résultant, et ce sans remise en concurrence du titulaire du partenariat.

En dehors du cas du partenariat d'innovation, un acheteur peut envisager dans un premier temps de faire développer une solution, notamment par la conclusion d'un marché de R&D[6]. Mais, si l'acheteur envisage dans un second temps de donner une suite aux résultats de la R&D, notamment en les transformant en biens ou services commercialisables, il sera nécessaire d'achever le travail d'innovation, soit en prolongeant celui-ci par un nouveau contrat, soit parce que le prestataire de l'acheteur aura prolongé ce travail et abouti à une solution commercialisable.

Néanmoins, particulièrement dans cette dernière hypothèse, l'acheteur ne pourra pas acquérir cette solution qu'après une procédure de mise en concurrence, si la

(2) CCP, art. R. 2172-17 à R. 2172-32, art. R. 2121-9, art. R. 2123-7 et art. R. 2152-8.
(3) CCP, art. R. 2111-1.
(4) Voir également en ce sens : Fiche DAJ Bercy.
(5) Certains acheteurs annexent d'ailleurs aux documents du marché le compte rendu des réunions de sourcing. Un tel document peut en outre s'avérer utile pour mieux appréhender le périmètre du besoin de l'acheteur.
(6) CCP, art. L. 2512-5.

valeur de la solution s'avère supérieure aux seuils de mise en concurrence[7].

Autrement dit, à défaut de pouvoir acquérir directement la solution, l'acheteur devra obligatoirement mettre en concurrence l'opérateur économique titulaire du précédent marché public de R&D, pour acquérir une solution à laquelle il a participé *a minima* financièrement au développement ou dont il possède une partie des droits.

On mesure alors l'intérêt pour l'acheteur public que peut présenter le recours au partenariat d'innovation qui permet d'intégrer ces deux étapes en un seul et même contrat[8].

L'intérêt et l'attractivité d'un tel contrat pour les opérateurs économiques ne sont pas non plus négligeables puisque les activités de R&D vont trouver une continuité industrielle directe et donner lieu à l'acquisition des solutions résultant de la R&D, sans remise en concurrence.

Enfin, le partenariat d'innovation diffère du marché public innovant ; en effet, ce dernier porte sur l'acquisition d'une solution certes innovante, mais qui existe déjà, qui est « sur étagère » sans nécessiter des développements importants.

Des produits, services ou travaux innovants

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 »[9].

Une telle définition présente un caractère relativement large, voire imprécis[10].

L'acheteur pourra néanmoins se référer utilement au *Guide pratique de l'achat public innovant* du ministère de l'Économie et de l'OECP, aux termes duquel ils préconisent l'utilisation d'une méthode de faisceau d'indices afin d'apprécier le caractère innovant d'une solution.

La procédure de passation d'un partenariat d'innovation

La procédure de passation du partenariat d'innovation est calquée sur la procédure avec négociation, avec la particularité que la négociation est obligatoire.

Procédure avec négociation

Si la valeur du partenariat d'innovation est supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur doit avoir recours à une procédure avec négociation[11].

En dessous de ces seuils, il est possible de prévoir une procédure adaptée, mais il peut s'avérer opportun que celle-ci se calque sur la procédure formalisée, notamment s'agissant de la négociation.

Il appartient à l'acheteur de définir, dans les documents de la consultation, le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants[12].

Dans ce cadre, il doit indiquer les éléments de cette définition en fixant les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres, étant précisé que les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Recommandation

L'acheteur peut opter pour une définition ou une description fonctionnelle de son besoin.

Ainsi, plutôt que de prescrire précisément les moyens ou techniques que le titulaire devra mettre en œuvre pour satisfaire le besoin (ce qui serait contradictoire dans le cadre d'un contrat portant sur une solution innovante qui n'existe pas), l'acheteur définit le résultat et les performances à atteindre par le titulaire[13].

S'agissant enfin des obligations de publicité, la publication d'un avis de marché est obligatoire[14], étant précisé que la publication préalable d'avis de pré information ne saurait remplacer l'avis de marché[15].

Détermination de la valeur du contrat

La valeur du partenariat d'innovation correspond à la fois à la valeur de la phase de R&D et à la valeur de la phase d'acquisition.

(7) Schématiquement, 40 000 euros HT pour une solution « classique » et 100 000 euros HT pour une solution innovante.
(8) Voir également sur ce point : G. Rossignol-Infante, « Le partenariat d'innovation dans l'achat public innovant », *Les dossiers de la commande publique*, n° 29, septembre 2019.
(9) 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.
(10) Voir par ailleurs dans le présent dossier : L. Bidault et J. Gaury, « Comment déterminer le caractère innovant d'une solution ? ».

(11) CCP, art. R. 2172-26 ; Voir en ce sens : D. Adda, « Application des procédures formalisées au partenariat d'innovation », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 175, avril 2017.
(12) CCP, art. R. 2172-22.
(13) Voir sur ce point : ministère de l'Économie et OECP, *Guide pratique de l'achat public innovant*.
(14) Au *BOAMP* ou dans un JAL et/ou au *JOUE* selon la valeur du contrat.
(15) CCP, art. R. 2172-27.

L'article R.2172-23 du Code de la commande publique dispose que « la structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante ».

La valeur des phases du partenariat d'innovation doit tenir compte du coût des activités de recherche et développement, ainsi que d'innovation requise pour le développement de la solution en cause.

En pratique, compte tenu des difficultés que peut rencontrer l'acheteur pour évaluer la valeur des différentes phases du contrat et de la solution *in fine* développée, il est courant qu'il puisse être demandé aux candidats de proposer des prix forfaitaires – c'est-à-dire, de fait, leurs rémunérations pour chaque phase du contrat (hors acquisition) – pour la ou les phases de R&D, puis des prix unitaires pour la solution développée.

Plusieurs mécanismes peuvent en outre être envisagés afin de prendre en compte les aléas pouvant être rencontrés lors de la ou des phases de R&D, en particulier, la fixation de prix provisoires ou la précision d'une formule de révision des prix[16].

S'agissant de la phase d'acquisition, il pourrait être demandé aux candidats de déterminer un prix unitaire plafond, lequel constituerait d'ailleurs un curseur pertinent pour l'acheteur pour prendre sa décision d'acquérir la solution[17].

Il est toutefois précisé que la valeur estimée des solutions dont l'acquisition est envisagée ne devra pas être disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur[18].

Dès lors, il est nécessaire que la valeur de l'ensemble des phases éventuelles de R&D ne soit pas disproportionnée[19] par rapport à la phase d'acquisition de la solution.

En toute rigueur, il conviendra d'être attentif à ce que la valeur cumulée des phases de R&D du contrat envisagé corresponde peu ou prou à celle de la phase d'acquisition de la solution.

(16) Voir en ce sens : X. Matharan, « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 184, février 2018.
(17) Étant précisé que l'acquisition de la solution demeure en tout état de cause une faculté pour l'acheteur.
(18) CCP, art. R. 2172-23.
(19) Étant précisé que ni la jurisprudence, ni la doctrine apportent de précisions sur ce qu'il convient d'entendre par « disproportionnée ». La DAJ du ministère de l'Économie précise toutefois que « cette règle assure que le partenariat d'innovation ne sera pas utilisé pour échapper aux règles normales d'utilisation des autres procédures. Ainsi, un partenariat d'innovation qui nécessiterait une phase de R&D très courte et peu coûteuse ne peut prévoir, au titre de l'option d'achat, une acquisition pour un prix très élevé ou pour des quantités très importantes, même sur une durée réduite ».

Appréciation des candidatures et des offres

Tout d'abord, le délai de remise des candidatures est un délai incompressible de minimum 30 jours[20].

Aucun délai minimum n'est en revanche prescrit s'agissant de la remise des offres[21]. Toujours est-il que le délai de remise des offres doit nécessairement prendre en compte la complexité du marché et le temps qui serait nécessaire aux opérateurs pour préparer leur offre, notamment s'il est nécessaire d'effectuer une visite sur les lieux d'exécution ou de consulter certains documents[22].

En outre, d'une façon générale, les conditions de participation et les critères de sélection des candidatures et des offres doivent être liés et proportionnés à l'objet du partenariat d'innovation et ses conditions d'exécution.

En revanche, s'agissant spécifiquement du partenariat d'innovation, le Code de la commande publique[23] impose que la sélection des candidatures doit tenir compte des capacités des candidats dans le domaine de la recherche et du développement, ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

En pratique, l'acheteur sollicitera des candidats qu'ils remettent une liste de leurs principales références en matière d'activités de recherche et développement et de mise en place de solutions innovantes équivalentes à celles objet du contrat, ou également en sollicitant des candidats qu'ils précisent la part de leur chiffre d'affaires annuel consacré à de telles activités. De façon plus générique, il peut être également demandé des candidats de produire la liste des matériels, outils et logiciels dont ils disposent, en lien avec l'objet des prestations.

Exemple de clause

« Le candidat présentera ses effectifs moyens annuels pour les trois derniers exercices, en précisant pour chaque exercice le nombre d'ingénieurs séniors dont il dispose, et de personnes travaillant au sein de son entreprise dans le domaine de la recherche et le développement, en précisant l'organigramme de la cellule R&D, ainsi que les qualifications de chacune de ses personnes. Au minimum, 10 % des effectifs moyens annuels du candidat doivent être dédiés à la recherche et au développement ».

Concernant l'analyse des offres, l'acheteur doit définir les critères de sélection des offres et exiger des soumissionnaires les informations lui permettant d'apprécier et de vérifier qu'ils ont bien appréhendé son besoin et le fonctionnement du partenariat, en particulier la phase de R&D qui implique nécessairement une équipe dédiée au développement de la solution de façon partenariale avec l'acheteur et ses équipes.

(20) CCP, art. R. 2172-28.
(21) CCP, art. R. 2172-29.
(22) CCP, art. R. 2151-1 et s.
(23) CCP, art. R. 2172-28.

En pratique, les offres seront donc appréciées au regard de la compréhension du besoin par le soumissionnaire, de la méthodologie proposée pour la conduite du projet et le développement de la solution, ou encore par rapport à l'équipe dédiée à l'exécution du contrat.

Le critère lié à la valeur financière de l'offre a évidemment son importance puisque les soumissionnaires peuvent être amenés à proposer un prix pour chacune des phases de partenariat[24].

Exemple de clause

« Critères financiers :
– Niveau d'investissement proposé par le titulaire pour la phase de R&D ;
– Prix estimé d'acquisition de la solution.

Critères techniques :
– Compréhension du besoin ;
– Qualité et expertise des ressources proposées pour l'exécution du partenariat d'innovation ;
– Méthodologie proposée pour la conduite et l'exécution du partenariat d'innovation ;
– Calendrier prévisionnel d'exécution du partenariat d'innovation ».

Classiquement, les conditions de participation et les critères de sélection des candidatures et des offres doivent être précisés dans les documents de la consultation, en particulier le règlement de la consultation.

Négociation obligatoire

Dans le cadre de l'attribution d'un partenariat d'innovation, la négociation est obligatoire[25].

En effet, compte tenu de la nature du contrat, la négociation doit permettre à l'acheteur d'avoir les moyens de s'assurer de la qualité et des compétences des soumissionnaires, notamment si elles sont suffisantes pour l'exécution d'un contrat d'une durée importante et qui doit s'exécuter de façon partenariale.

Cette phase de négociation doit également permettre à l'acheteur d'apprécier les futures problématiques d'exécution, par exemple, sur le partage des droits de propriété intellectuelle ou la propriété de la solution *in fine* développée[26].

Partant, il n'est pas possible d'attribuer le partenariat d'innovation sur la base des offres initiales[27].

Relevons que, dans ce cadre, l'acheteur peut négocier les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales, étant rappelé que classiquement les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociations.

En outre, il est possible que la négociation se déroule en plusieurs phases successives à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation.

Dans cette hypothèse, classiquement, l'acheteur doit indiquer, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité et il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau[28].

Enfin, outre l'information préalable des candidats quant aux conditions de la négociation, l'acheteur devra être particulièrement vigilant, d'une part, à respecter le principe d'égalité de traitement des candidats qui doivent notamment tous disposer d'un niveau équivalent d'informations ; et d'autre part, à protéger le secret des affaires et le secret en matière industrielle et commerciale et à se conformer à l'obligation de confidentialité[29].

En particulier, l'acheteur ne peut communiquer des informations ou solutions proposées par un candidat à un autre, du moins sans avoir au préalable recueilli l'accord express du premier.

Attribution du partenariat d'innovation

Sans entrer dans les détails, on précisera que l'attribution du partenariat d'innovation à l'issue d'une procédure avec négociation doit respecter les obligations relatives aux procédures formalisées : respect du délai de stand still, publication d'un avis d'attribution notamment.

À ce stade, l'une des particularités du partenariat d'innovation (et non des moindres) est que celui-ci peut être attribué à plusieurs soumissionnaires, à condition que cette possibilité ait été prévue initialement dans les documents de consultation.

Dans une telle hypothèse, à l'issue de la procédure, l'acheteur sera engagé avec plusieurs partenaires dans le cadre de contrats individualisés et indépendants les uns des autres, qui pourront s'exécuter parallèlement, selon des rythmes et des modalités différents, comme le souligne le ministère de l'Économie[30].

Une telle configuration, qui ne doit pas être confondue avec un accord-cadre et qui nécessitera un suivi d'exécution plus important de la part de l'acheteur, peut s'avérer opportune pour instaurer une certaine forme de concurrence et d'émulation entre les titulaires et

(24) Voir par ailleurs.
(25) CCP, art. R. 2172-30.
(26) Voir notamment en ce sens : A. Cabanes, M. Schwartz, « Le partenariat d'innovation à l'épreuve de la négociation », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 193, décembre 2018.
(27) CCP, art. R. 2172-30.
(28) CCP, art. R. 2172-30.
(29) CCP, art. L. 2132-1.
(30) Le partenariat d'innovation, Direction des affaires juridiques, ministère de l'Économie, 2019.

qu'*in fine* l'acheteur puisse potentiellement bénéficier de plusieurs solutions.

L'exécution du partenariat d'innovation

Le phasage du partenariat d'innovation

Comme évoqué, en vertu de l'article R. 2172-23 du Code de la commande publique, le partenariat d'innovation doit être divisé obligatoirement en deux phases distinctes et successives : une phase de R&D et une phase d'acquisition de la solution qui est le résultat de cette phase de R&D.

En pratique, il est courant que la phase de R&D soit scindée en plusieurs phases (ou sous-phases) et ce afin de tenir compte des différentes étapes de développement de la solution : R&D, réalisation de prototypes, essais, industrialisation…

Exemple

« Phase 1 : Recherche

Définition de la solution technique ; Dimensionnement ; Simulation technique et économique.

Phase 2 : Développement

Conception ; Prototypage ; Essais ; Normes et certifications ; Plan d'installation et de mise en service ; Planification.

Phase 3 : Réalisation et acquisition de la solution

Production ; Acquisition ; Installation et mise en service ; Transfert de technologie et commercialisation »

Le Code de la commande publique dispose que chaque phase du partenariat d'innovation doit constituer un tout cohérent et autonome, préciser les prestations et livrables attendus, prévoir des objectifs précis, une durée propre (qui sera fonction notamment des prestations à réaliser, de leur complexité et des objectifs[31]), ainsi que la rémunération associée à chaque phase.

Le Code impose également que la structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation doivent tenir compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante[32].

Le déroulement du partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation s'exécute selon le phasage défini préalablement. Comme évoqué, chaque phase est autonome et s'exécute successivement au regard des objectifs et prestations définis par l'acheteur.

Sur ce point, il est important de préciser que la rémunération du partenaire peut varier selon qu'il atteint les objectifs fixés ou que les livrables sont conformes aux attentes définies dans les documents du marché[33] ; il en va de même s'agissant du passage d'une phase à l'autre.

À cet égard, on ne peut qu'insister sur la nécessité pour l'acheteur de disposer ou de se doter d'une organisation interne (type comité de pilotage) et des compétences adéquates pour vérifier la conformité des livrables et des études du partenaire, si ceux-ci correspondent aux objectifs fixés dans le contrat.

Exemple

« Pour chaque phase, la restitution du livrable doit correspondre d'une manière substantielle aux objectifs déterminés dans le CCTP.
– Tout Partenaire ne restituant aucun livrable ou un livrable hors délai ne pourra prétendre au versement de la rémunération ;
– Tout Partenaire restituant un livrable ayant obtenu une note d'évaluation pour la phase considérée inférieure à 15 % des objectifs déterminés au CCTP est éliminé et ne pourra prétendre au versement de la rémunération pour la phase considérée ;
– Tout Partenaire restituant un livrable ayant obtenu une note d'évaluation pour la phase considérée supérieure ou égale à 15 % des objectifs déterminés au CCTP a droit au versement du plafond maximum de rémunération fixé par Phase. »

Le déroulement du partenariat offre une certaine souplesse pour l'acheteur puisqu'à l'issue de chaque phase du contrat, l'acheteur peut décider librement de :
– poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce cadre, il peut alors être envisagé de préciser ou de modifier les objectifs de la phase suivante et/ou les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs, à condition que ces modifications ne soient pas substantielles ;
– mettre un terme au contrat ou réduire le nombre de titulaires, c'est-à-dire en mettant alors un terme à leur contrat « individuel ».

À cette fin, le partenariat d'innovation doit mentionner cette prérogative et définir les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat[34].

En outre, l'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans les documents contractuels.

L'acheteur dispose de la faculté de prévoir l'élimination d'un titulaire (et donc la résiliation de son contrat « individuel ») aux termes d'une des phases du partenariat d'innovation, en raison du fait que celui-ci n'aurait pas

(31) Par exemple, par la définition de taux de tolérance ou de taux de concordance entre les développements attendus, phase par phase, et les développements rendus.
(32) CCP, art. R. 2172-23.
(33) CCP, art. R. 2172-24.
(34) CCP, art. R. 2172-31.

atteint les objectifs définis pour réussir la phase considérée et atteindre la suivante.

Dans un tel cas, le contrat devra préciser cette faculté pour l'acheteur de mettre un terme à l'exécution du contrat ou de réduire le nombre de participants à l'issue de chaque phase. Le contrat devra également prévoir les critères permettant de sélectionner les partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du contrat, les conséquences financières, ainsi que les modalités d'intervention d'une telle décision.

Il peut être également envisagé, phase après phase, l'élimination du titulaire qui serait le moins performant.

Un tel procédé présente l'intérêt pour l'acheteur de susciter une certaine émulation entre les différents partenaires et les développements proposés, sous réserve du respect du secret des affaires et du secret industriel et commercial notamment.

Enfin, d'une façon générale, les documents contractuels devront préciser les conditions d'exécution du partenariat d'innovation et l'ensemble de ces éléments, en particulier, le cas échéant, les conditions de passage d'une phase à l'autre[35].

La gestion des droits de propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle constituent un enjeu majeur dans le cadre du partenariat d'innovation.

En effet, d'une part, eu égard son objet et de son caractère collaboratif, le partenariat d'innovation fait intervenir des droits de propriété intellectuelle qu'il convient de définir et de protéger en amont dans le contrat, qu'ils appartiennent à l'acheteur ou à son partenaire.

D'autre part, les résultats du marché (les résultats des activités de R&D, la solution en résultant) donneront lieu à des droits de propriété intellectuelle, qu'il convient de répartir entre l'acheteur et le partenaire.

À cet égard, le Code de la commande publique prévoit que la répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, doit être prévue au contrat[36].

Recommandations

Le partenariat d'innovation peut faire utilement référence aux Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) applicables à l'objet du marché en cause, étant rappelé que chacun des CCAG prévoit désormais des clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle, aux connaissances antérieures et aux résultats, et à leur protection et répartition entre l'acheteur et le titulaire du contrat.

Pour conclure sur ce point, il faut insister sur la nécessité pour l'acheteur d'anticiper en amont, lors de l'élaboration du contrat, l'utilisation qu'il entend faire des résultats du partenariat d'innovation afin de disposer *in fine* des droits adéquats.

La répartition des droits de propriété intellectuelle doit s'opérer dans la mesure du possible en fonction des besoins de l'acheteur (par exemple exploitation des systèmes, maintenance, tierce maintenance, interopérabilité, interopérabilité, évolution de la solution), mais également en fonction des intérêts du partenaire (droits d'utilisation, d'exploitation commerciale, notamment).

À cet égard, l'acheteur n'a pas forcément intérêt à ce que les droits de propriété intellectuelle lui soient intégralement cédés : d'une part, une cession de la majorité des droits a un coût ; d'autre part, le partenariat pourrait s'avérer moins attractif pour les partenaires potentiels sachant qu'ils ne pourront bénéficier de peu ou d'aucun droit à l'issue du contrat[37].

L'acquisition de la solution

Pour conclure, l'acquisition de la solution développée, qui demeure une faculté pour l'acheteur, est conditionnée à son niveau de performance et à son coût.

L'acheteur ne pourra acquérir la solution résultant de la ou les phase(s) de R&D que si cette solution correspond aux niveaux de performance définis au contrat et que sa valeur n'excède pas les coûts maximums prévus par le partenariat d'innovation[38].

(35) CCP, art. R. 2172-31.
(36) CCP, art. R. 2172-25. Voir notamment en ce sens : A. Poisson, « Partenariat d'innovation et propriété intellectuelle », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 184, février 2018.
(37) Voir notamment en ce sens : C. Mialot, T. Poulard, « Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, novembre 2016.
(38) CCP, art. R. 2172-32.