

MANAGEMENT JURIDIQUE DE L'INNOVATION

Citation : Caprioli & Associés, Recherche publique et valorisation de l'innovation, www.caprioli-avocats.com
Date de la mise en ligne : janvier 2008

Recherche publique et valorisation de l'innovation

Anne Cantéro & Ilène Choukri
Docteurs en droit, avocates au Barreau de Nice
Caprioli & Associés, société d'avocats (Nice, Paris)
contact@caprioli-avocats.com

Plan

I / La création d'une société par l'agent public (article L. 413-1 à L. 413-7 du Code de la Recherche)

- 1) Les conditions de création
- 2) Le cadre temporel, gage de maîtrise

II / Le concours de l'agent public à l'entreprise privée

- 1) Obligations réciproques de l'entreprise et de l'agent public
- 2) La possibilité d'une participation au capital social
- 3) Le terme du contrat

III / La participation de l'agent public à la société (article L. 413-12 à L. 413-14 du Code de la Recherche)

- 1) Conditions à respecter
- 2) Durée et fin

Conclusions

Les divers discours politiques (voire politiciens) l'ont mis en exergue : l'innovation constitue un pan essentiel pour un développement économique pérenne et concurrentiel. Dans ce cadre, la sphère publique a un rôle à jouer même si celui-ci peut être plus ou moins fort selon la conception que l'on a de l'interventionnisme étatique. En tout état de cause, le droit, science sociale, et l'évolution des règles juridiques à cet égard, reflètent cette volonté de la puissance publique d'être utile de manière active à la promotion de l'innovation, sans pour autant porter préjudice au jeu de la saine concurrence. C'est dans cet esprit que s'inscrit la loi sur l'innovation et la recherche du 12 juillet 1999^[1] qui constitue le socle juridique original de partenariats entre la recherche publique et le secteur privé, dans une perspective de valorisation de l'innovation.

En offrant une véritable panoplie d'aides publiques aux entreprises "innovantes" et de moyens de promotion de la recherche publique, le dispositif de cette loi permet de stimuler l'innovation et de pondérer les défaillances du marché sur des segments non immédiatement rentables d'un point de vue économique.

Ainsi que l'indique l'article 14 de la loi n°82-610 du 15 juillet 1982 modifiée d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, la recherche publique a pour "*objectifs le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la connaissance ; la valorisation des résultats de la recherche ; la diffusion des connaissances scientifiques ; la formation à la recherche et par la recherche*". Dans cette logique, la loi du 12 juillet 1999 permet, sur un mode de coopération à géométrie variable, modulable et évolutif, d'utiliser les cadres et les outils économiques du secteur privé aux fins de promotion de cette recherche publique. Ce décloisonnement entre les résultats prometteurs de la recherche publique et les méthodes ainsi que les cadres juridiques du secteur privé s'opère sur plusieurs niveaux. L'article 19-1 de la loi du 12 juillet 1999 prévoit que "*les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent assurer par convention des prestations de service, gérer des contrats de recherche, exploiter des brevets et licences et commercialiser les produits de leurs activités*". Ainsi, entre autres, est-il possible d'organiser l'exploitation de la recherche publique au sein de l'entreprise privée existante par le biais de contrats de partenariat^[2] ou de conventions de développement^[3]. Malgré leurs limites intrinsèques^[4], ces cadres contractuels permettent d'une part, à l'établissement public d'assurer une valorisation de leur structure et de leur savoir-faire, d'autre part, à l'entreprise privée de bénéficier en priorité des résultats de longues et éventuellement coûteuses recherches, en s'assurant la constitution de portefeuilles de droits de propriété intellectuelle^[5]. Il existe également des structures juridiques de partenariat public-privé permettant de s'adapter aux nécessités et aux exigences de la création d'une entreprise nouvelle, susceptible de valoriser l'innovation. Ainsi, le contrat de valorisation permet une collaboration et une mutualisation des efforts, des compétences et des moyens entre une université et une entreprise nouvellement créée (start-up), en assurant la transparence des relations d'intérêts, la valorisation des travaux de recherche de l'Ecole ou de l'Université

ainsi que les modalités du transfert de technologie. Dans le même sens, les Pôles de Recherche et d'enseignement supérieur, prévus à l'article 5 de la loi de programme pour la Recherche du 18 avril 2006[6] permet la réalisation de projets scientifiques communs, en prenant appui sur une mise en commun des moyens humains et une collaboration entre les sites universitaires, les laboratoires, les CNRS, etc. L'entreprise privée a la possibilité d'y être associée au même titre que les collectivités territoriales ou les associations.

Ceci étant, l'un d'un dispositif les plus remarquables de la loi sur l'innovation et la recherche est certainement celui relatif à la mobilité des personnels de recherche vers le monde de l'entreprise, qui approfondit cette logique de décloisonnement d'intérêt général et de mise à profit de l'outil que constitue l'entreprise au service de la recherche publique. La loi du 12 juillet 1999 décline trois méthodes de mobilité de l'agent public[7] qui sont autant de ponts entre la recherche publique et le monde de l'entreprise. Ces trois méthodes reposent sur un degré variable de participation, d'investissement et de marge de manœuvre du personnel de recherche au sein de l'entité privée et sont jalonnées de mesures qui sont autant de gardes-fous de l'intérêt du service public.

Ainsi, il est possible pour l'agent public de la recherche d'être utilisé comme force vive à la valorisation de l'innovation au sein d'une entreprise déjà existante, soit sous la forme d'une participation au capital (III), soit sous la forme d'un concours à l'entreprise privée, soit en cumulant les deux options (II). Plus en amont encore, il est également possible aux agents public de participer eux-même *"en qualité d'associé ou de dirigeant"* à la création d'une entreprise privée dont l'objet est spécifiquement *"la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions"*(1).

I/ La création d'une société par l'agent public (article L. 413-1 à L. 413-7 du Code de la Recherche)

Le principe de mobilité tel que développé dans le cadre de la loi du 12 juillet 1999 permet à un agent public d'utiliser l'entreprise en tant qu'outil spécifique et sur mesure à la valorisation de la recherche. Ainsi, l'article 25-1 de la loi permet-il à des chercheurs, des enseignants-chercheurs, des ingénieurs, de jeunes docteurs, des personnels techniques ou administratifs de participer *"à titre personnel, en qualité d'associé ou de dirigeant, à la création d'une entreprise dont l'objet est d'assurer, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions"*.

Cette possibilité ouverte à l'agent public de créer une entreprise aux fins spécifiques de valoriser ses travaux de recherche nécessite également l'obtention préalable d'une autorisation de la part de l'autorité de tutelle déterminant la durée (2), ainsi que le respect de certaines conditions de création (1).

1) Les conditions de création

L'entreprise privée doit être une entreprise nouvelle. Il ne saurait donc s'agir d'une filiale d'une entreprise existante, à défaut de quoi l'esprit et la lettre de la loi du 12 juillet 1999 visant à la promotion de l'innovation et de la recherche seraient trahis. L'objet de l'entreprise créée est d' *"assurer, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions"*[8].

L'agent public, quant à lui, devra obtenir une autorisation préalable de son autorité de tutelle après avis de la Commission de déontologie. Il convient de préciser que cette demande d'autorisation doit être effectuée avant la création de l'entreprise (c'est-à-dire avant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, et avant la négociation du contrat avec la personne publique. Ainsi, pendant la période couverte par l'autorisation, l'agent quitte-t-il ses fonctions de l'établissement public (sur la base du détachement ou de la mise à disposition[9]), et est donc soumis à l'interdiction de participer à négociation des contrats avec l'entreprise au titre de l'établissement public.

2) Le cadre temporel, gage de maîtrise

L'agent public peut bénéficier de cette possibilité de "participer, à titre personnel, en qualité d'associé ou de dirigeant" à la création de l'entreprise pendant une durée de deux années renouvelables deux fois (soit une durée maximum de 6 ans). Il convient de relever que contrairement au cas du concours de l'agent public (article 25-2), la commission de déontologie n'est pas saisie à chaque renouvellement.

Là encore, le dispositif présente l'originalité utile, du point de vue de la valorisation de l'innovation, d'offrir la possibilité pour l'agent public de choisir, à l'issue de la période de 6 ans, entre une réintégration dans le service public ou une intégration définitive dans l'entreprise.

En cas de réintégration dans le service public, l'agent doit mettre fin à sa collaboration professionnelle avec l'entreprise et se séparer de tout élément constituant un intérêt direct ou indirect avec ladite entreprise dans un délai d'un an. Il s'agit donc d'une séparation progressive, sans rupture susceptible de mettre en péril l'équilibre économique de l'entreprise, dont l'objet est précisément la valorisation de l'innovation.

Cette souplesse du système est confortée par la possibilité qui est offerte à l'agent public de prolonger la collaboration au sein de l'entreprise en bénéficiant des régimes prévus aux articles 25-2 et 25-3 de la loi du 12 juillet 1999.

L'agent public aura également la possibilité, à l'issue de la période de 6 ans, de conserver sa situation et ses intérêts au sein de l'entreprise qu'il aura créée, en se mettant en disponibilité ou en demandant sa radiation.

Enfin, il est également possible pour l'autorité de tutelle de retirer ou de ne pas renouveler son autorisation de manière anticipée, "si les conditions qui avaient permis sa délivrance ne sont pas réunies" ou en cas de manquement de l'agent au regard des dispositions de la loi.

II / Le concours de l'agent public à l'entreprise privée

L'article 25-2 de la loi du 12 juillet 1999 prévoit que le personnel de recherche, tout en restant dans le secteur public, peut apporter son concours scientifique à une entreprise qui valorisera leurs travaux de recherche pendant une période de 5 ans renouvelables^[10].

Ce dispositif est assorti d'un certain nombre d'obligations réciproques incombant aussi bien à l'entreprise qu'à l'agent public (1), ce dernier bénéficiant d'avantages cumulatifs soumis au contrôle de la personne publique, qui permet à cette dernière de se protéger contre d'éventuels conflits d'intérêts (2). La souplesse de ce régime se constate également par l'absence de rupture immédiate, susceptible d'être préjudiciable à l'efficacité de ce partenariat mixte de valorisation de l'innovation (3).

1) Obligations réciproques de l'entreprise et de l'agent public

L'entreprise devra valoriser lesdits travaux, en se conformant aux dispositions d'un contrat conclu avec la personne publique ou l'entreprise publique. Ce contrat constitue un cadre de préservation des intérêts de la personne publique d'autant plus nécessaire que le degré d'implication de l'agent public en application de l'article 25-2 est plus important que celui du simple consultant ponctuel^[11]. Ce degré d'implication justifie également les obligations auxquelles doit être soumis l'agent public. Ce dernier doit apporter son concours par une activité scientifique ou technique, en rapport avec les travaux de recherche valorisés par l'entreprise. Sont donc exclues les activités d'administration, d'encadrement, de gestion et a fortiori toute subordination hiérarchique dans l'entreprise. Cette activité doit être compatible avec le plein exercice de son emploi public (20% de son activité au plus), allant de pair avec un plafonnement de sa rémunération. Bien entendu, il est interdit à l'agent public de participer à l'élaboration ou à la passation de contrats entre l'entreprise privée et le service public.

La mise en place d'un régime d'autorisation préalable de l'autorité de tutelle de l'agent public constitue un élément de contrôle et de préservation de l'intérêt public de l'initiative. Cette autorisation est octroyée après avis de la Commission de déontologie^[12] et chaque renouvellement de l'autorisation est à nouveau soumis à ladite commission.

Ce contrôle étroit, gage de maîtrise du dispositif par l'autorité de tutelle, s'explique entre autres par l'existence d'une possibilité pour l'agent public de participer au capital social en plus de son concours.

2) La possibilité d'une participation au capital social

L'agent public se voit offrir la possibilité de cumuler son concours avec une participation à hauteur de 49% du capital, depuis la loi de programme de la recherche du 18 avril 2006^[13]. Cette possibilité est une fois de plus soumise à l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle, après avis de la commission de déontologie et ne peut être mise en oeuvre qu'à la condition où l'agent public n'ait pas, es qualité, "*exercé un contrôle sur cette entreprise ou participé à l'élaboration ou à la passation de contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche*" au cours des cinq années précédentes. Le "pantouflage" est donc exclu.

Malgré la constance du contrôle par l'autorité de tutelle et de la commission de déontologie qui interviennent conjointement à chaque renouvellement d'autorisation, les deux instances ne sont saisies qu'une seule fois pour se prononcer à la fois sur la question du concours et sur celle de la participation. Le contrat existant dans le cadre du concours constitue un support suffisant pour régir les relations entre l'administration et l'entité privée au regard de la participation de l'agent public au capital.

Le contrôle de l'autorité de tutelle et de la Commission de déontologie est d'autant plus étroit qu'il s'exerce non seulement "*pendant la durée de l'autorisation*" mais également "*durant cinq années à compter de son expiration ou de son retrait*", étant entendu que l'autorisation peut prendre fin non seulement à son terme mais également de manière anticipée, à titre de sanction.

3) Le terme du contrat

La durée maximale du concours de l'agent public est de cinq années. Cependant, le terme du dispositif peut intervenir de manière anticipée, soit par choix de l'agent public, soit à titre de sanction, dans l'hypothèse où la commission de déontologie aurait constaté une "*atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de*

la recherche" pouvant conduire au "retrait des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche" ou au non-renouvellement de l'autorisation.

Dans l'hypothèse où le contrat irait jusqu'à son terme de cinq années, l'agent public se voit offrir un choix entre deux options, qui sont les gages de la souplesse et de la rationalité du dispositif. En effet, il peut reprendre ses fonctions dans le service public et devra donc cesser ses relations avec l'entreprise, notamment en cédant ses parts sociales de l'entreprise dans un délai un an. L'agent public aura également la possibilité de conserver sa situation dans l'entreprise en se mettant en disponibilité ou en demandant sa radiation de la fonction publique.

III / La participation de l'agent public à la société (article L. 413-12 à L. 413-14 du Code de la Recherche)

Selon les dispositions de l'article 25-3 de la loi du 19 juillet 1999, les agents publics de la recherche "*peuvent à titre personnel être membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société anonyme afin de favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique*". Compte tenu du caractère exceptionnel du dispositif, la mise en oeuvre de cette disposition repose sur le respect de conditions précises (1) et sont soumis à des exigences de durée plus restrictives (2).

1) Conditions à respecter

Cette participation au capital social de l'entreprise est encadrée par des conditions strictes. Non seulement l'entreprise concernée devra impérativement être une société anonyme, mais également ladite participation est limitée et soumise au contrôle. Cette participation ne peut excéder le nombre d'actions minimales requises pour être membre du Conseil d'Administration ou de Surveillance, en tout état de cause avec un plafond de 5 % du capital social de l'entreprise.

Par ailleurs, l'agent public ne pourra percevoir de rémunération de l'entreprise autre que celle prévue aux articles 108 et 140 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, à savoir la perception des jetons de présence, et ce, de manière plafonnée. Parmi les gardes-fous de la préservation de l'intérêt du service public, on peut relever, une fois de plus, l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle, après avis de la Commission de déontologie. Par ailleurs, l'agent public ne pourra pas, bien entendu, participer à l'élaboration ou la passation de contrats entre l'entreprise et le service public.

2) Durée et fin

A l'instar de ce qui est prévu à l'article 25-3, - et outre le droit de retrait et de non-renouvellement par l'autorité de tutelle en cas de manquement ou de changement de conditions - la durée maximum de cette participation est de 5 ans à l'issue de laquelle l'agent public se voit offrir les mêmes opportunités de choix, à savoir la conservation de sa situation dans l'entreprise (par la mise en disponibilité ou la radiation) ou bien la réintégration dans le service public après désintéressement. Cependant, l'agent ne dispose plus que d'un délai de 3 mois pour procéder à la cession des parts sociales de l'entreprise, le degré d'investissement et d'implication au sein de l'entreprise étant moindre.

Conclusions : les limites du dispositif

Malgré la souplesse et la richesse des dispositions de la loi du 12 juillet 1999, ainsi que des mécanismes de valorisation de l'innovation au sens large, le système souffre encore, dans la pratique, d'un manque de réalisme au regard des réalités concrètes du monde de l'entreprise. Ainsi l'article 25-1 ouvrant la possibilité pour l'agent public de créer une société prévoit un délai de 9 mois pour la transmission du contrat entre l'entreprise et le laboratoire public. Ce délai sera souvent incompatible avec celui nécessaire à la levée de fonds. De même, l'article 25-2 de la loi prévoit la possibilité pour l'agent public d'apporter son concours et de détenir une participation dans le capital social, impliquant la production d'un projet de contrat au moment de l'examen du dossier. Or, cette exigence est incompatible avec la création simultanée d'une société. En effet, l'article L. 413-9 du Code de la Recherche autorise la participation à la société dès sa création. En l'espèce, cette participation au capital n'est possible que si l'agent lui apporte son concours scientifique, ce qui exige l'existence préalable de la société. Dans le même sens, est posée toute la problématique relative à la dévolution des droits de propriété intellectuelle de la création de l'agent public dans ce cadre de partenariat mixte, inédit et dérogoire, applicable au domaine de la recherche scientifique. On aurait pu espérer que les dispositions introduites par la loi du 1 août 2006^[14] aurait clarifié ce point. Malheureusement, le dispositif posé ne résout pas les interrogations qui subsistent. Il reste à espérer que le décret prévu permettra de lever néanmoins le flou "artistique" du texte. En attendant, et à défaut de solution proposée par le décret, la richesse offerte par le partenariat public-privé devra surmonter les défis de sa complexité et de la transversalité des problématiques posées. L'un des moyens à envisager pour surmonter cette complexité pourrait être la mise en place d'un cadre contractuel liant l'agent public avec l'entreprise afin de créer une relation triangulaire qui permettrait de régir de manière plus exhaustive les rapports entre les personnes concernées par ce partenariat mixte et d'assurer une meilleure maîtrise des supports juridiques de valorisation de l'innovation.

Notes

[1] Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche portant modification de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, JO du 13 juillet 1999, p.10396 à 10400.

[2] Le contrat de partenariat permet une mise à disposition de locaux, de personnels, de matériels et d'équipements. Il permet également la prise en charge ou la réalisation d'études de développement, de faisabilité technique, industrielle, commerciale, juridique et financière. Les principaux bénéficiaires de ce type de prestations sont les personnes physiques créant une entreprise ou encore les petites entreprises de moins de 2 ans, ne comportant pas plus de 50 salariés, et un chiffre inférieur ou égal à 7 millions d'Euros. La durée maximum de ces contrats de partenariat est de 6 années.

[3] Les conventions de développement servent de cadre de collaboration et de valorisation des recherches publiques dans le cadre privé, en offrant la possibilité de faire des consultations ou des prestations de services, d'exploiter les brevets et les licences, de commercialiser les produits de leurs activités. La seule véritable réglementation applicable est celle relative au droit de la concurrence.

[4] Aussi valorisants et bénéfiques soient-ils en tant que cadre de mutualisation des efforts et des bénéfices entre le secteur public et le secteur privé, le contrat de partenariat et la convention de développement présentent un certains nombres d'inconvénients majeurs. Pour l'établissement public, il existe un réel risque de dépendance économique, des problématiques en terme d'éthique et en terme de confidentialité des résultats (notamment eu égard aux nécessités de publications d'articles de carrière).

[5] Le législateur a pris en considération la spécificité de la situation comme en atteste l'article 131-3-2 du Code de la Propriété Intellectuelle : "Les dispositions de l'article L. 131-3-1 s'appliquent aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France à propos des oeuvres créées par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions reçues."

[6] Loi de programme n°2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, JO n°92 du 19 avril 2006, p. 5820 et s.

[7] Voir Circulaire du 7 octobre 1999 relative à la mise en oeuvre des dispositions de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche concernant les coopérations des personnels de recherche avec les entreprises, NOR : MENB9902146C - JO du 14 octobre 1999 pp. 15344-15350.

[8] Article 25-1 de la loi du 12 juillet 1999.

[9] L'agent public conserve donc son statut de fonctionnaire et la prise en charge de son salaire est assurée par son organisme d'origine. Il se voit donc assuré la continuité du déroulement de sa carrière, ce qui constitue une aspect motivant pour l'agent public. L'agent public se voit néanmoins octroyé la possibilité d'exercer des "activités d'enseignement ressortissant à sa compétence".

[10] Article 25-2 al.1 de la loi du 12 juillet 1999 prévoit que les agents publics "peuvent être autorisés, pendant une période de cinq ans renouvelables, à apporter leur concours scientifique à une entreprise qui assure, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions."

[11] Dans le cas du consultant ponctuel, ce dernier ne peut pas prendre de participation dans le capital de la société, ni excéder un certain pourcentage de temps. L'entreprise privée, quant à elle, ne doit pas valoriser les travaux de recherche effectués par l'agent, ni créer de lien de subordination.

[12] Il s'agit de la Commission prévue par l'article 87 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption e à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

[13] La loi du 12 juillet 1999 prévoyait initialement une participation à hauteur de 15%.

[14] Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O n° 178 du 3 août 2006 page 11529.