



Guide « Innovation et marchés publics » à l'attention des acheteurs des organismes de Sécurité sociale

Groupe de travail CCMOSS

Juin 2018

Guide « Innovation et marchés publics » à l'attention des acheteurs des organismes de Sécurité sociale

Rédigé sous l'égide de la Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale

En application de l'arrêté portant réglementation sur les marchés des organismes de Sécurité sociale, la Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale est chargée de formuler des avis sur certains marchés des organismes de Sécurité sociale et de fournir aux pouvoirs adjudicateurs une assistance pour l'élaboration et la passation de leurs marchés.

En 2017, l'attention de la CCMOSS a été attirée sur les difficultés rencontrées par les acheteurs des organismes de Sécurité sociale inscrits dans une démarche d'achats innovants.

L'Ucanss a alors saisi la Commission afin que soit créé un groupe de travail ayant pour objectif d'examiner les questions que posent les achats innovants au regard du droit de la commande publique.

Les travaux de ce groupe ont associé les représentants des caisses de Sécurité sociale des différents régimes, les représentants experts de la CCMOSS et du secrétariat ainsi que Maître Sabattier du cabinet Peyrical et Sabattier, venue apporter son expertise juridique sur ces questions.

Le présent guide, rédigé à l'issue des échanges entre les membres du groupe de travail et en collaboration avec Maître Sabattier se veut une boîte à outils ainsi qu'une source de réflexion à destination des organismes de Sécurité sociale pour intégrer l'innovation dans leur politique d'achat.

Ce guide est divisé en trois parties :

1. la première partie traite de l'adaptation des outils classiques de la commande publique pour favoriser l'achat de solutions innovantes
2. la deuxième partie présente les procédures favorisant un achat innovant
3. la troisième partie expose les spécificités en matière de propriété intellectuelle de l'achat de développement de logiciels

TABLE DES MATIERES

Première partie : L'adaptation des outils classiques de la commande publique pour favoriser l'achat de solutions innovantes	7
A. Réaliser un sourçage facilite l'identification de solutions innovantes	7
1. Définition du sourçage	7
2. Mise en œuvre du sourçage	7
3. Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public.....	8
B. Définir les besoins de façon ouverte et fonctionnelle	9
C. Allotir le marché en adaptant le périmètre des lots aux éventuelles solutions innovantes existantes	10
D. Autoriser la présentation de variantes techniques	10
E. Fixer des critères d'attribution valorisant les procédés innovants	10
F. Décomposer les marchés en tranches	11
Deuxième partie : Les procédures favorisant un achat innovant.....	12
A. A titre liminaire, l'appel à projets.....	12
B. Les procédures permettant un échange avec les entreprises innovantes	14
1. La procédure adaptée	14
2. La procédure concurrentielle avec négociation.....	15
3. Le dialogue compétitif	16
4. Le concours	16
5. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité	19
C. Les procédures dédiées aux solutions innovantes.....	20
1. L'exclusion de l'achat de services de recherche et développement du droit de la commande publique	20
i. Le partage des risques et des bénéfices selon les conditions du marché	21
ii. Un développement concurrentiel par phases	21
iii. La dissociation de la phase de R&D de la phase de diffusion commerciale du produit fini	22
2. Le partenariat d'innovation	22
Troisième partie : Les spécificités en matière de propriété intellectuelle de l'achat de développement de logiciels.....	24
A. La nécessité de prévoir des clauses de cession des droits de propriété intellectuelle	24
1. Des mentions obligatoires	25
2. Les modalités de rémunération de l'auteur.....	25
B. La pratique de l'« hackathon » ou du « chaudron » et la propriété intellectuelle	26
C. Exemples de clause-type en matière de propriété intellectuelle dans les marchés publics	27
1. Les clauses de définition (article 35 du CCAG-TIC).....	27
1.1 Définition des résultats	27
1.2 Définition des connaissances antérieures	27
1.3 Tiers désignés dans le marché.....	28
2. Le régime des connaissances antérieures (article 36 du CCAG-TIC).....	28
2.1 Clause de concession des connaissances antérieures.....	28
2.2 Clause de cession des connaissances antérieures	29

i. Proposition de clause si le pouvoir adjudicateur souhaite n'utiliser les connaissances antérieures cédées que dans la limite du périmètre du marché	29
ii. Proposition de clause si le pouvoir adjudicateur souhaite utiliser les connaissances antérieures cédées dans tous les domaines d'activité (en ce compris, mais pas exclusivement, les finalités du marché)	29
3. Les clauses de cession des résultats (article 38 du CCAG-TIC)	30
3.1 Clause de concession des droits sur les résultats (option A)	30
a. Droits du pouvoir adjudicateur	30
b. Dispositions communes	31
c. Garanties des droits	31
d. Droits du titulaire du marché	31
e. Redevances du titulaire	31
f. Exploitation à des fins commerciales des résultats par le pouvoir adjudicateur ou les tiers désignés dans le marché	32
3.2 Clause de cession des droits sur les résultats (option B)	32
a. Droits du pouvoir adjudicateur	32
b. Dispositions communes	33
c. Garanties des droits	33
d. Droits du titulaire du marché	33
4. Clause-type pour autoriser la tierce maintenance applicative	33
Annexe 1 : benchmark	34
Annexe 2 : lexique.....	38
Annexe 3 : liens utiles.....	40
Annexe 4 : lettre de mission.....	41
Annexe 5 : comptes-rendus de réunions.....	44

PREMIERE PARTIE : L'ADAPTATION DES OUTILS CLASSIQUES DE LA COMMANDE PUBLIQUE POUR FAVORISER L'ACHAT DE SOLUTIONS INNOVANTES

A. REALISER UN SOURÇAGE FACILITE L'IDENTIFICATION DE SOLUTIONS INNOVANTES

1. Définition du sourçage

Préalablement au lancement d'une consultation, les acheteurs des organismes de Sécurité sociale peuvent « effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de [leur] projet et de [leurs] exigences »¹.

C'est un préalable recommandé en amont de toute démarche aboutissant à la formalisation d'une commande publique.

Dans le domaine de l'innovation, il même est absolument indispensable.

2. Mise en œuvre du sourçage

Il est apparu, lors des échanges avec les membres du groupe de travail, que les organismes de Sécurité sociale s'interrogeaient sur les « canaux de communication » à utiliser pour atteindre les PME innovantes.

Il peut s'agir d'une consultation ouverte à tous, sous la forme d'une publicité adaptée au montant du marché, mais le plus souvent, la prise de contact sera directement à l'initiative de l'organisme :

- Les acheteurs peuvent visiter des salons professionnels afin de récolter des contacts.
- Des sites internet répertorient également les start-ups. De plus, certains acheteurs publics, comme l'Union des groupements d'achat public (l'UGAP) éditent leurs propres répertoires présentant les PME titulaires des précédents marchés. Cela peut être une source d'inspiration (https://www.ugap.fr/repertoire-des-fournisseurs_111022.html).
- Les acheteurs peuvent également se tourner vers des organismes tels que les chambres de commerce et d'industrie, ainsi que des associations comme *Pacte PME*, dont la plateforme « *innovation ouverte* » permet aux acheteurs d'être mis en contact avec des PME sur des thèmes précis (<https://innovation.pactepme.org/>).
- Les DIRRECTE (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) peuvent également être sollicitées.

 **La transparence et la traçabilité du sourçage sont de nature à éviter toute entorse au principe d'égalité de traitement.**

Concrètement, les acheteurs doivent veiller à :

¹ Article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

- Solliciter au moins deux, voire trois, opérateurs, afin d'éviter de se trouver influencés par les informations recueillies et de restreindre la concurrence du fait d'une rédaction trop « fermée » du cahier des charges ;
- Garder une trace de ces échanges (ne serait-ce que les courriels envoyés pour fixer l'entrevue) et pouvoir justifier des modalités du sourcing réalisé ;
- Etre si possible au moins deux agents à recevoir ces opérateurs.

==> Un plan de déroulement du sourcing pourrait être inséré dans le règlement des achats de l'organisme. Il pourrait prévoir :

- un délai minimal entre les échanges avec les fournisseurs et le lancement du marché envisagé,
- les modalités de prise de contact avec les entreprises innovantes,
- les modalités de rencontre avec les opérateurs économiques.

3. Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public

L'acheteur doit prendre « *les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires* »².

Le rapport accompagnant la procédure de passation d'un marché dont la valeur dépasse les seuils européens doit d'ailleurs contenir « *la description [de ces] mesures* »³.

 **Pour écarter tout soupçon de favoritisme⁴, les organismes devront par exemple :**

- communiquer à tous les candidats l'ensemble des informations utiles transmises aux opérateurs contactés et échangées lors du sourcing, excepté les informations relatives à la propriété intellectuelle (secret des procédés, informations économiques et financières ou stratégies commerciales des opérateurs sourcés) ;
- fixer des délais raisonnables de procédure afin que tous puissent prendre connaissance de l'ensemble de ces informations ;
- s'assurer que le candidat qui a participé au sourcing réponde éventuellement aux questions des autres candidats lorsque les informations recherchées sont disponibles et n'ont pas été données dans les documents de la consultation. Ceci sera plus particulièrement le cas pour un candidat qui a été en lien contractuel avec l'organisme et qui a, par exemple, préalablement réalisé une étude de faisabilité ou encore une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

Dans certains cas, les informations communiquées à un candidat lors de la phase de sourcing lui confèrent un avantage concurrentiel insusceptible d'être compensé.

Tel sera le cas, par exemple, si les informations données lors du sourcing sont trop précises ou si un trop grand degré de proximité entre l'opérateur et les organismes peut être démontré⁵.

² Article 5 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

³ Article 105, II, 5° du décret précité

⁴ Article 432-14 du code pénal

⁵ CE, 29 juillet 1998, *Genicorp*, n°177952 ; CAA Lyon, 17 juin 1999, *Préfet de la Drôme*, n° 95LY02079 ; CAA Lyon, 1er décembre 2005, *District Semine*, n° 00LY00950 ; CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03

Les organismes de Sécurité sociale sont alors autorisés⁶ à exclure l'opérateur concerné de la procédure de passation, après l'avoir mis en mesure d'établir « *que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement* »⁷.

B. DEFINIR LES BESOINS DE FAÇON OUVERTE ET FONCTIONNELLE

Les besoins doivent être exprimés sous la forme de spécifications techniques qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public⁸.

Ces spécifications techniques⁹ peuvent être formulées :

- Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence suivant et accompagnés de la mention « *ou équivalent* » ;
- Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles « *suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public* » (article 6 du décret n°2016-360).
- Soit en combinant les deux.

Afin de permettre aux opérateurs économiques de proposer des solutions innovantes, les organismes de Sécurité sociale ont tout intérêt à exprimer leurs besoins en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ce qui permet de laisser l'initiative aux candidats sur les modalités techniques de la solution.

Concrètement, cela revient à rédiger un cahier des charges comprenant une présentation générale du besoin de l'organisme et exprimant ce besoin par une somme de fonctions, en indiquant le résultat à atteindre et le niveau de performances attendu ainsi que les critères d'appréciation de chacune de ces fonctions.

Ces performances (performances énergétiques, considérations environnementales dont les exigences de développement durable, cycle de vie des produits, coût etc...) doivent être associées à des éléments quantitatifs ou évaluables (solidité, durabilité, fonctionnalité...).

 **La définition des besoins peut conduire, si elle est trop restrictive, à dissuader les opérateurs économiques de répondre. De même qu'elle empêchera les progrès techniques que l'acheteur pourrait ignorer au moment où il rédige son cahier des charges.**

A cet égard, une décision assez récente permet d'encourager les réponses innovantes¹⁰. Le juge administratif a considéré qu'une offre n'était pas irrégulière au motif qu'elle ne comportait pas les matériaux imposés par le CCTP, dès lors que le candidat a démontré, par tout moyen approprié, qu'il atteint les mêmes performances.

⁶ Article 5 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précité

⁷ Article 48 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée

⁸ Article 6 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁹ Un avis du 27 mars 2016 précise la nature et le contenu de ces spécifications techniques (Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics publié au JORF n°0074 du 27 mars 2016, texte n° 65).

¹⁰ CAA Nancy, 15 novembre 2016, *Société régionale de Second œuvre*, n° 15NC02087

C. ALLOTIR LE MARCHÉ EN ADAPTANT LE PÉRIMÈTRE DES LOTS AUX ÉVENTUELLES SOLUTIONS INNOVANTES EXISTANTES

Les start-ups et autres entreprises innovantes sont en général très spécialisées.

L'allotissement, qui est la règle en matière de commande publique¹¹, permet d'adapter le périmètre du marché envisagé aux capacités de production de ces entreprises¹².

Réaliser un sourçage en amont de la procédure permettra aux organismes de Sécurité sociale de connaître les entreprises et les procédés innovants permettant de réaliser un allotissement pertinent.

D. AUTORISER LA PRÉSENTATION DE VARIANTES TECHNIQUES

Les variantes permettent aux entreprises innovantes de proposer des solutions ou moyens différents de ceux fixés dans le cahier des charges, avec le même résultat.

Le régime des variantes est fixé à l'article 58 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, qui précise que les acheteurs doivent fixer les exigences minimales attendues que ces variantes doivent respecter.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les variantes sont interdites sauf autorisation expresse.

En revanche, pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont considérées comme autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation (article 58, I, 2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

 Il est conseillé de :

- Prévoir expressément dans le cahier des charges, la variante ainsi que les critères d'attribution permettant d'évaluer les offres conformes à la solution de base et aux variantes ;
- Veiller à demander la justification des gains et améliorations engendrées par les variantes afin de mettre en évidence les avantages qu'elles procurent ;
- **Respecter la confidentialité des solutions proposées par chaque candidat en cas de négociation.**

E. FIXER DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION VALORISANT LES PROCÉDÉS INNOVANTS

L'article 62 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 fixe une liste non exhaustive de critères pouvant être utilisés pour examiner les offres, tel que le prix, les délais d'exécution, l'organisation mais surtout « *la qualité, y compris (...) le caractère innovant* ».

¹¹ Article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

¹² L'allotissement permet aussi la mise en œuvre une procédure adaptée pour les « petits lots » d'un marché public alloti (article 22 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016)

Excepté le critère prix, tous les critères précités permettent de valoriser les procédés innovants dès lors qu'ils sont évalués en termes de gains en matière de performances, d'efficacité, de réduction des délais, de qualité, de sécurité...

Cette dimension innovante devra préalablement figurer dans la définition et l'expression du besoin et être rappelée tout au long du cahier des charges.

⚠ Les organismes de Sécurité sociale devront également veiller à la formulation de ces critères et à leur pondération. Ces critères devront être appliqués de manière identique pour tous les soumissionnaires.

En pratique, le recours à ce critère du « caractère innovant » n'est pas recommandé, car il est difficile à apprécier.

F. DECOMPOSER LES MARCHES EN TRANCHES

Les organismes de Sécurité sociale peuvent recourir au marché à tranches ferme et optionnelle(s)¹³, ce qui facilite le recours à l'innovation.

Cela permet d'exécuter le contrat tranche par tranche, en fonction des résultats de la tranche précédente, l'acheteur n'ayant que l'obligation de faire exécuter la tranche ferme et ensuite, les tranches optionnelles qu'il affermit.

Pour leurs achats innovants, les organismes de Sécurité sociale peuvent lancer des marchés publics prévoyant une tranche ferme, par exemple relative aux prestations de conception du produit (voire à la réalisation d'un prototype) et une ou plusieurs tranches optionnelles relatives à la fourniture du produit ou de la prestation attendus.

⚠ L'objet et le contenu de chaque tranche devront être déterminés précisément et à l'avance, avant le lancement de la consultation et chaque tranche devra être assortie d'un montant précis.

L'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse se fera en prenant en compte la tranche ferme et la totalité des tranches optionnelles.

¹³ Article 77 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

DEUXIEME PARTIE : LES PROCEDURES FAVORISANT UN ACHAT INNOVANT

A. A TITRE LIMINAIRE, L'APPEL A PROJETS

Il convient de souligner qu'il **ne s'agit pas d'une procédure relevant de la commande publique.**

L'appel à projets est défini par le Conseil d'Etat comme « *une mesure préparatoire à la conclusion des conventions de subventionnement* »¹⁴.

Il permet à une personne publique de stimuler l'initiative privée dans un domaine qu'elle souhaite voir évoluer sans assumer directement la responsabilité de cette évolution. Il s'agit d'un outil forgé par la pratique afin de mobiliser les acteurs socio-économiques autour de thèmes fédérateurs et d'actualité.

Les organismes de Sécurité sociale doivent définir un certain nombre d'objectifs et inviter des tiers à présenter des projets y répondant en leur laissant l'initiative du contenu et de la mise en œuvre afin de conclure des conventions de subventionnement.

En matière de subvention, les organismes de Sécurité sociale sont soumis à la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui précise que **la subvention vise à soutenir une action ou une activité exercée par le bénéficiaire qui en prend l'initiative et qui répond à un certain intérêt public mais ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent**¹⁵.

¹⁴ CE, 29 novembre 1999, *Fédération formation professionnelle*, req. n° 202685

¹⁵ Articles 1 et 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

DISTINCTION ENTRE MARCHÉ PUBLIC ET SUBVENTION

Lors des échanges avec les membres du groupe de travail, la question de la frontière entre subvention et marché public a été soulevée.

Pour rappel, l'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise que les subventions (au sens de l'article 9-1 de la loi n° 321-2000 du 12 avril 2000 précité) ne sont pas des marchés publics.

La distinction s'opère au regard des critères suivants :

- **Critère de l'initiative du projet** :

Il faut distinguer **l'initiative de l'appel à projets** – qui émane nécessairement de l'organisme – de **l'initiative du projet** en tant que tel.

Pour éviter une requalification, les organismes doivent se borner à définir, lors de l'appel à projets, une thématique générale pour laquelle les entreprises innovantes pourront formuler des propositions.

Si l'organisme qui met en œuvre l'appel à projets définit lui-même le projet que les entreprises devront réaliser : l'initiative sera regardée comme émanant de l'organisme¹⁶.

- **Critère de l'absence de contrepartie aux subventions** :

La subvention ne doit pas correspondre à un prix versé en contrepartie de fournitures ou services qui répondent aux besoins de l'organisme¹⁷.

Afin d'éviter une requalification en application de ce critère, les organismes de Sécurité sociale devront veiller :

- A ne pas tirer d'avantages immédiats du fait de la réalisation de la prestation ;
- Ne pas introduire de mécanismes de rétrocession sanctionnant une utilisation non conforme de la subvention accordée dans la convention.

EXEMPLE CONCRET DE SUBVENTIONS EN DEHORS DES APPELS A PROJETS

La « collaboration » R&D avec une start-up sur un projet d'étudiants.

Cet exemple a été évoqué lors des échanges avec les membres du groupe de travail. Il s'agit du cas où deux étudiants en master PIC à Polytechnique, l'un en alternance à la CNAF, l'autre en alternance dans la start-up ont développé un modèle d'évaluation des innovations publiques à partir de l'exemple du projet concret de la CNAF. Durant le processus de développement, la CNAF a le droit d'accéder à l'outil développé sur internet dans sa version bêta.

L'initiative venant de ces deux étudiants et le modèle d'évaluation ne répondant pas spécifiquement aux besoins de la CNAF, un « partenariat » pourrait être établi sur la base d'une subvention.

¹⁶ CE, 23 mai 2011, Cne Six-Fours-les-Plages, req. n° 342520, applicable par transposition aux organismes de sécurité sociale

¹⁷ CE, 26 mars 2008, Région La Réunion, req. n° 284412

B. LES PROCEDURES PERMETTANT UN ECHANGE AVEC LES ENTREPRISES INNOVANTES

1. La procédure adaptée

Les MAPA (marchés passés selon une procédure adaptée) sont les marchés qui, en raison de leur montant ou de leur objet, peuvent faire l'objet de modalités de procédure librement choisies en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat¹⁸.

- **MAPA en raison de leur montant** : il s'agit des marchés dont le montant est inférieur ou égal aux seuils européens de procédure qui s'élèvent depuis le 1^{er} janvier 2018 à 144 000 € H.T pour les fournitures et les services et à 5 548 000 € H.T pour les travaux.

Cette procédure convient aux achats innovants réalisés en petite quantité ou de faible montant, qui permettent aux organismes de Sécurité sociale de tester les produits ou les capacités de production des entreprises qui les proposent.

- **MAPA en raison de leur objet** : quelle que soit la valeur estimée du besoin, les marchés publics ayant pour objet les services suivants peuvent être passés selon une procédure adaptée :

LISTE ISSUE DE L'AVIS RELATIF AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE AYANT POUR OBJET DES SERVICES SOCIAUX ET AUTRES SERVICES SPECIFIQUES, publié au JORF n°0074 du 27 mars 2016, texte n° 66

1. Services sanitaires, sociaux et connexes	7. Services d'hôtellerie et de restauration
2. Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	8. Services juridiques
3. Services de sécurité sociale obligatoire	9. Autres services administratifs et publics
4. Services de prestations sociales et familiales, indemnités de maladie, de maternité, d'invalidité, d'incapacité temporaire, de chômage, allocations familiales	10. Prestations de services pour la collectivité
5. Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives	11. Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours
6. Services religieux	12. Services d'enquête et de sécurité
	13. Services internationaux
	14. Services postaux
	15. Services divers

 **Cette procédure permet le recours à la négociation, ce qui favorise la valorisation de solutions innovantes proposées par les entreprises.** Elle est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires et dans le respect de la propriété intellectuelle de chaque solution innovante.

¹⁸ Article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

2. La procédure concurrentielle avec négociation

La procédure concurrentielle avec négociation est une procédure dérogatoire au droit commun car il ne peut y être recouru que dans les cas prévus par la réglementation.

Par le biais de cette procédure, les organismes de Sécurité sociale peuvent négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations (article 71 du décret n°2016-360).

Cette procédure est bien adaptée aux achats innovants car les organismes de Sécurité sociale peuvent y recourir au-delà des seuils européens dans les cas fixés à l'article 25 dudit décret, notamment lorsque :

- Le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- Le besoin consiste en une solution innovante qui est disponible sur le marché ;
- Les organismes de Sécurité sociale ne sont pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.

Les motifs du recours à la procédure concurrentielle avec négociation doivent être présentés dans le rapport de présentation de la procédure de passation (article 105 du décret n°2016-360 précité).

Les exigences minimales de la consultation doivent obligatoirement être indiquées dans les documents de la consultation et les négociations ne peuvent pas porter sur ces exigences minimales ni sur les critères d'attribution.

La négociation peut porter, par exemple, sur :

- Le prix ou ses éléments (coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc.) ;
- La quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- La qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- Le délai : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en termes de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- Les garanties de bonne exécution du marché : pénalités, résiliation etc.

⚠ La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires et dans le respect de la propriété intellectuelle de chaque solution innovante.

3. Le dialogue compétitif

Les organismes de Sécurité sociale peuvent utiliser cette procédure lorsque les solutions à leurs besoins ne sont pas encore connues, pour identifier ou définir des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins avec l'aide des entreprises.

Cette procédure est adaptée aux achats innovants car, comme pour la procédure concurrentielle avec négociation, les organismes peuvent y recourir au-delà des seuils européens dans les cas fixés à l'article 25 du décret n°2016-360, notamment lorsque :

- Le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- Le besoin consiste en une solution innovante qui est disponible sur le marché ;
- Les organismes de sécurité sociale ne sont pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.

Concrètement, lors du lancement de la procédure, le cahier des charges technique du marché n'est pas élaboré : la procédure est engagée sur la base d'un simple programme fonctionnel (précisant les objectifs et les attentes de l'organisme), la phase de dialogue devant précisément permettre aux candidats d'élaborer le cahier des charges techniques du futur marché.

Les discussions s'effectuent, sous forme de dialogue (échanges formalisés et tracés) concernant les solutions proposées et tous les aspects du futur marché ou accord-cadre, afin de rechercher la solution opérationnelle économiquement la plus avantageuse.

Durant cette négociation, tous les aspects du marché public peuvent être discutés avec les participants sélectionnés qu'ils soient techniques, juridiques ou financiers.

Le dialogue peut se dérouler en phases successives (avec élimination progressive des candidats) à la condition de l'avoir mentionné dans l'avis de marché publié ou dans un autre document de la consultation accessible dès l'étape de la candidature et d'avoir indiqué les critères d'attribution propre à chaque phase.

Toutefois, l'offre finale ne peut pas être négociée.

En pratique, il s'agit d'une procédure difficile à mettre en place et plus longue puisque le dialogue sera mis en œuvre jusqu'à ce que l'organisme soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins.

4. Le concours

Le concours est « *un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données* »¹⁹.

¹⁹ Article 8 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Cette « *technique particulière d'achats* »²⁰ favorise l'achat innovant car elle stimule la créativité des participants et la présence d'un jury permet de recourir à une expertise supplémentaire.

la mise en œuvre des « *hackathons* »

Il est apparu, lors des échanges avec les membres du groupe de travail, que de plus en plus d'organismes ont recours aux « *hackathons* », qui consistent en des séquences intensives, généralement de 48 heures, regroupant des développeurs dans un même lieu, dans le but commun de contribuer à l'élaboration de nouvelles solutions, notamment en matière de traitement de données.

Certains *hackathons* sont organisés comme de simple mise à disposition d'un lieu par l'acheteur public et de ses données, sans qu'une rémunération ne soit perçue à l'issue de l'épreuve par le lauréat, de sorte que les règles de la commande publique seraient alors écartées (ce qui supposerait par ailleurs qu'aucune contrepartie – autre que financière – ne puisse bénéficier au lauréat et que celui-ci ait préalablement cédé ses droits de propriété intellectuelle à l'acheteur).

Les acheteurs doivent toujours veiller à bien encadrer, en amont, l'organisation d'un tel *hackathon* (notamment concernant l'utilisation des résultats – voir troisième partie).

Il est vrai que le droit de la commande publique ne prévoit pas de dispositions spécifiques à ce type d'évènement. Mais dès lors que les candidats doivent remettre un projet, sont mis en concurrence et sélectionnés après avis d'un jury, un « *hackathon* » peut s'apparenter à un concours s'il en respecte les modalités, énoncées aux articles 88 et 89 du décret n° 2016-360 et résumées ci-dessous :

Étape 1 En amont du concours :

L'organisme devra décider si le concours sera ouvert ou restreint, et s'il sera organisé en procédure formalisée (article 33 du décret n° 2016-360) ou en procédure adaptée (article 34 du décret n° 2016-360).

Étape 2 Publication d'un avis de concours dans les conditions prévues aux articles 33, 34 et 36 du décret n° 2016-360 :

- Les modalités du concours doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.
- S'il s'agit d'un concours restreint : l'organisme doit établir des critères de sélection clairs et non discriminatoires et s'assurer que le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle.
- Si l'organisme envisage ensuite d'attribuer un marché public de services au(x) lauréat(s) ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article 30, I, 6° du décret n° 2016-360, il doit l'indiquer dans l'avis de concours.

Étape 3 Examen des candidatures et des plans ou projets par le jury :

- Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente (article 89 du décret n° 2016-360).

²⁰ Selon la définition des articles 88 et 89 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, qui posent les modalités de recours au concours

- Le jury examine les candidatures et doit formuler un avis motivé sur celles-ci. Si le concours est restreint, l'organisme fixe ensuite la liste des candidats admis à concourir et informe les candidats non retenus.
- Le jury examine les projets des participants de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets définis dans l'avis de concours.
- Il consigne ensuite dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés.
- Enfin, l'anonymat est levé et le jury peut inviter les candidats à répondre aux questions consignées dans le procès-verbal : un procès-verbal complet de ce dialogue doit être établi.

Étape 4 Choix du lauréat :

- L'organisme choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury et publie un avis de résultats de concours dans les conditions prévues à l'article 104 du décret n°2016-360.
- Une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours.
Sous réserve des dispositions de l'article 90 du décret précité (relatif aux marchés de maîtrise d'œuvre), le montant de la prime est librement défini par l'acheteur et est indiqué dans les documents de la consultation.
- Lorsqu'un marché public de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours, sa rémunération tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation au concours.

L'agence pour le patrimoine immatériel de l'Etat (« *APIE* ») propose en ligne un Kit de l'innovation métier dans lequel on retrouve des exemples de chartes de participation à un Hackathon, disponibles à l'adresse suivante : <https://github.com/InnovMetierEtat/Kit-Innovation-Metier/wiki>, auxquelles il faudra ajouter les modalités de mise en œuvre d'un concours exposées ci-dessus.

Étape 5 Acquisition et utilisation des résultats de l'« *hackathon* » :

- Concernant l'utilisation des résultats, l'organisme qui organise l'évènement ne peut utiliser ces résultats (code sources, codes objet, ébauche du programme informatique...) si leurs auteurs ne lui cèdent pas des droits l'autorisant à les exploiter selon ses besoins.

En revanche, l'algorithme, le langage de programmation, les fonctionnalités et le cahier des charges ne sont pas protégés par le droit d'auteur.

L'utilisation des résultats est présentée de manière plus détaillée en troisième partie de ce guide.

5. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité

La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable est une procédure dérogatoire qui permet d'attribuer un marché de gré à gré quelqu'en soit le montant (y compris au-delà des seuils de procédure), lorsque des motifs spécifiques et limitativement énumérés par l'article 30 du décret du 25 mars 2016 sont réunis :

- Lorsque les travaux, fournitures ou services qui ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé (l'opérateur est le seul à pouvoir répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection) ;

Dans ce cas, les organismes de Sécurité sociale devront démontrer qu'il n'existe aucune solution de remplacement ou de rechange raisonnable ;

- Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours ;
- Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT ;
- Lorsque le marché public répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens et que toute mise en concurrence est manifestement inutile ou impossible ;
- Les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

Dans ce cas, ce type de marché ne peut pas être conclu pour la mise au point d'un prototype, dans la perspective de l'attribution ultérieure d'un marché à des fins commerciales.

Cette procédure est donc particulièrement favorable aux achats innovants.

Toutefois, dans la majorité des cas, les organismes de Sécurité sociale devront pouvoir justifier qu'un seul opérateur économique est en mesure de répondre au besoin et cette exclusivité ne doit pas avoir été créée par l'organisme lui-même en vue de la passation du marché²¹.

Enfin, pour les marchés dont le montant dépasse les seuils, les organismes de Sécurité sociale devront justifier les motifs du recours à la procédure négociée dans le rapport de présentation de la procédure de passation²².

²¹ Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

²² Article 105 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

C. LES PROCEDURES DEDIEES AUX SOLUTIONS INNOVANTES

1. L'exclusion de l'achat de services de recherche et développement (ci-après « R&D ») du droit de la commande publique

L'article 14 3° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics exclut de son champ d'application les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement sous deux conditions alternatives :

- Si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ;
- Ou
- S'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

Ce même article 14, 3° précise également que :

« La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ».

Point de vigilance :

- Il ressort du Guide pratique de l'achat public innovant mis à disposition par le ministère de l'économie et des finances que :

« Un acheteur passant un marché dans les conditions de l'article 3,6° du CMP [actuel article 14, 3° de l'ordonnance n° 2015-899], n'est pas tenu de respecter le formalisme du droit de la commande publique puisque ce cas en est explicitement exclu. Cependant, pour ne pas tomber sous le coup du régime des aides d'Etat, l'acheteur devra assurer un minimum de mise en concurrence dans la passation d'un tel marché ».
https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dae/projet-guide-achat-public-innovant.pdf).

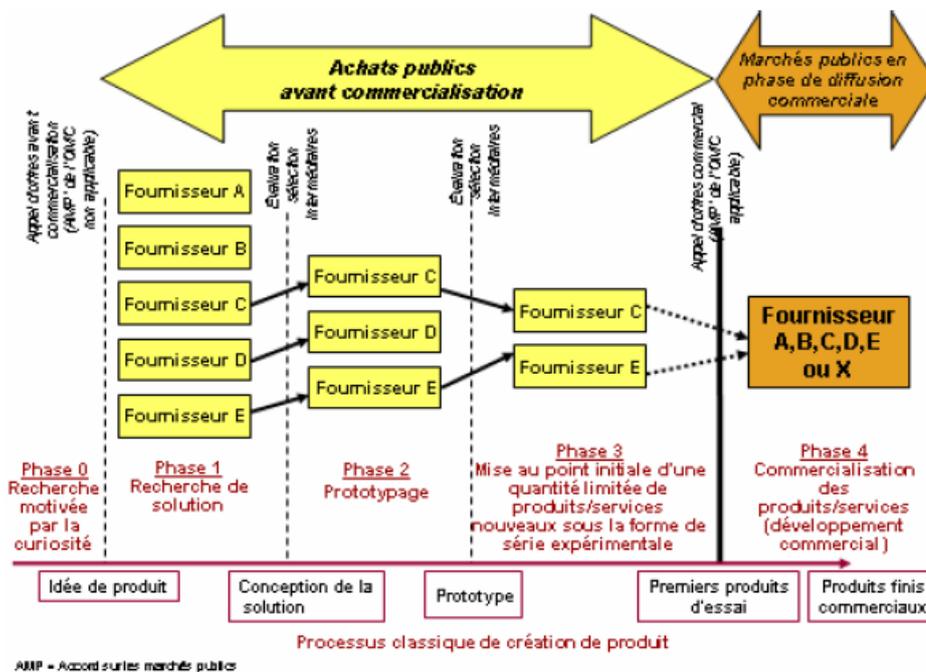
- En cas de contentieux, un marché passé en application de l'article 14 3° de l'ordonnance et qui ne répond pas à ces critères sera annulé (CAA Lyon, 28 avril 2016, req. n° 14LY02974).

• Focus sur l'achat public avant commercialisation (ci-après : « APAC »)

L'APAC est un outil d'achat de services de recherche et développement développé par la Commission européenne dans le cadre du programme d'innovation Horizon 2020.

Cette procédure est très peu utilisée en France car l'innovation n'y est pas pilotée par une agence nationale, ce qui est le cas dans un pays comme la Suède.

Sa mise en œuvre est explicitée dans la communication de la Commission du 14 décembre 2007 intitulée « *Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe* », qui la schématise de la manière suivante :



Durant la phase 1, les entreprises sélectionnées sont rémunérées pour leurs travaux de R&D et non pas au résultat.

En fonction des résultats, l'acheteur commande un prototype aux entreprises retenues (phase 2) et dans la troisième phase, retenant au moins deux entreprises de la phase 2, il commande une série test.

Cette procédure présente les caractéristiques suivantes :

i. Le partage des risques et des bénéfices selon les conditions du marché

Pour éviter la requalification en aide d'Etat, le partage des risques et des bénéfices devra être opéré selon les conditions du marché : le prix de l'APAC devra tenir compte de la future commercialisation de la solution développée, du partage des résultats avec d'autres acheteurs.

ii. Un développement concurrentiel par phases (voir schéma ci-dessus)

A l'issue de ces phases, la Commission européenne recommande de retenir au moins deux entreprises participantes jusqu'à la phase finale pour garantir un marché concurrentiel à l'avenir et « *maintenir une pression concurrentielle bénéfique sur les fournisseurs ce qui permet aux acheteurs publics de tirer les meilleures solutions que le marché puisse offrir tout en évitant d'être lié à un seul fournisseur* ».

iii. La dissociation de la phase de R&D de la phase de diffusion commerciale du produit fini

Le fait qu'une entreprise ait effectué la R&D ne peut lui garantir qu'elle remportera ensuite un contrat de fournitures ou de services lié à la solution élaborée.

L'acquisition de ces fournitures ou services correspond à de l'achat public de solutions innovantes et les organismes devront mettre en œuvre une nouvelle phase de mise en concurrence, au cours de laquelle tous les candidats devront bénéficier du même niveau d'information sans qu'il ne soit porté atteinte au secret industriel et commercial.

Comme pour le sourcing, les organismes devront veiller à ce que les opérateurs ayant participé aux études, expérimentations ou développements des prestations n'aient pas d'avantages sur les autres candidats susceptibles de fausser la concurrence (si par exemple, l'entreprise a eu accès à des informations privilégiées, ou si l'entreprise a pu exercer une influence déterminante sur les caractéristiques du futur marché).

2. Le partenariat d'innovation

Aux termes de l'article 93 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

« Le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants au sens du 2° du II de l'article 25 ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

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

Cette procédure favorise l'achat d'innovation car elle permet de combiner la phase de R&D et d'achat avec un partenaire unique ou plusieurs partenaires et vise notamment au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants correspond à un besoin spécifique du pouvoir adjudicateur et pour lequel celui-ci souhaite conserver les droits de propriété intellectuelle.

Les organismes peuvent contracter avec plusieurs entreprises pour un même partenariat et conserver la prérogative de ne pas actionner la phase d'acquisition si les objectifs intermédiaires, fixés par le contrat, ne sont pas atteints.

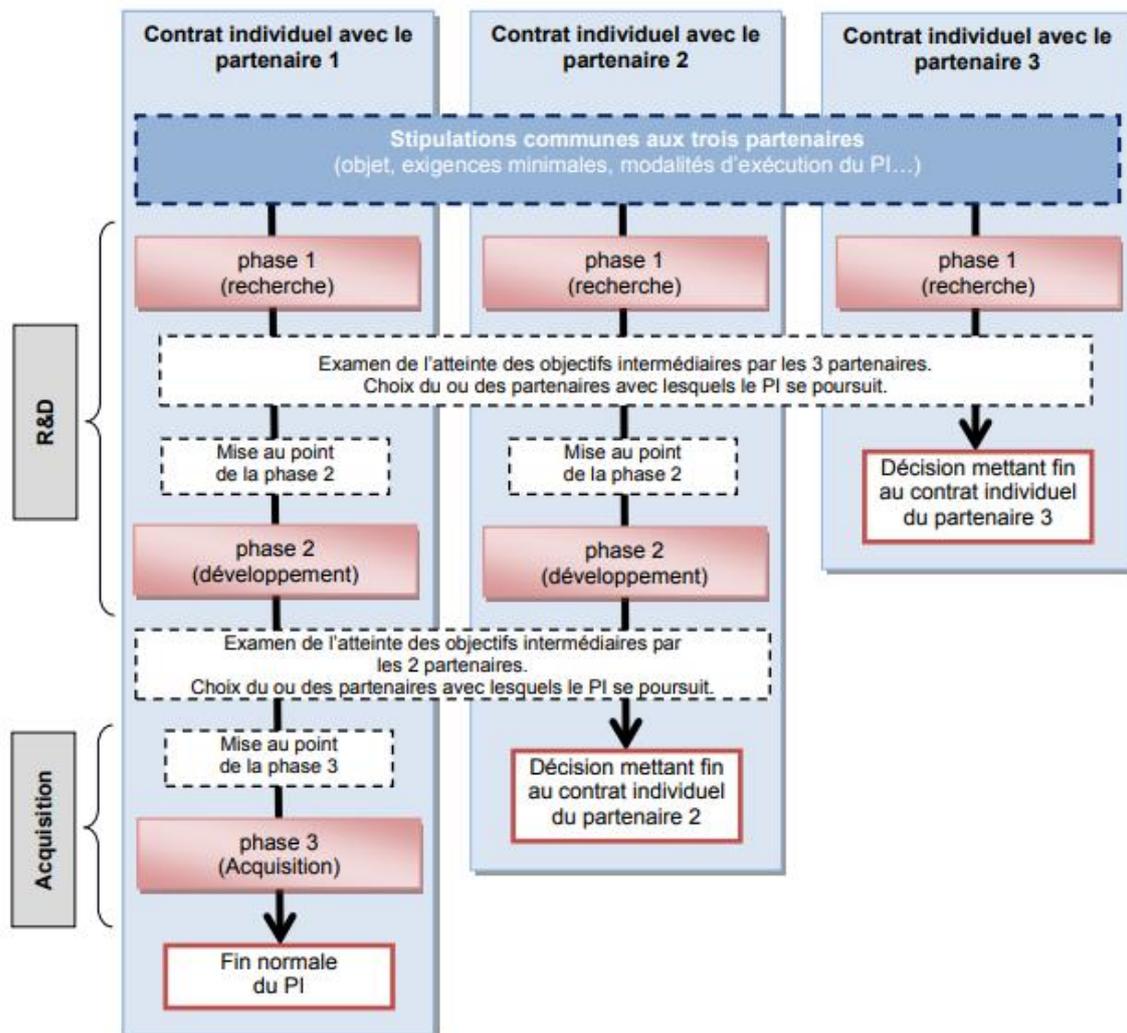
Toutefois, le mécanisme est complexe, notamment :

- Car son champ d'application n'est pas précisément défini par les textes ;
- Des lacunes subsistent quant à la protection de la propriété intellectuelle de l'entreprise partenaire.

Cependant, l'article 93 du décret n° 2016-360 précité indique que l'organisme peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision doit être indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Aussi, qu'il soit établi avec une ou plusieurs entreprises, le partenariat d'innovation doit résulter d'une mise en concurrence (procédure concurrentielle avec négociation ou procédure négociée avec mise en concurrence préalable sous réserve de certaines dispositions lorsque le partenariat est d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, selon l'article 95 du décret n° 2016-360).

Présentation schématique de l'exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec 3 partenaires



TROISIEME PARTIE : LES SPECIFICITES EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE DE L'ACHAT DE DEVELOPPEMENT DE LOGICIELS

Un des secteurs où des procédés innovants sont développés en permanence est le domaine des technologies de l'information et de la communication.

Les acheteurs peuvent être des acteurs moteurs dans ce domaine en finançant le développement de logiciels spécifiques pour répondre à leur besoin.

Or, en vertu de l'article L.112-2, 13° du code de la propriété intellectuelle, « *les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* » sont considérés comme une œuvre de l'esprit, sur laquelle son auteur jouit, du seul fait de sa création, de droits de propriété intellectuelle.

En conséquence, **lorsqu'un acheteur finance le développement d'un logiciel par un prestataire, par principe, c'est le prestataire qui a créé le logiciel qui est généralement considéré comme l'auteur et dispose donc de droits de propriété intellectuelle sur cette œuvre.**

 Il est donc essentiel que le contrat encadre très précisément les droits reconnus au prestataire développeur du logiciel, d'une part, et à l'acheteur financeur du logiciel, d'autre part, afin notamment de ne pas priver ce dernier de la possibilité d'exploiter le logiciel selon ses besoins.

A. LA NECESSITE DE PREVOIR DES CLAUSES DE CESSION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

L'article L.111-1 du CPI reconnaît à l'auteur d'une œuvre de l'esprit « *un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » lequel « *comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ».

Cette propriété incorporelle se distingue de la propriété matérielle sur l'œuvre. L'article L.111-3 du CPI indique clairement que « *la propriété incorporelle définie par l'article [L. 111-1](#) est indépendante de la propriété de l'objet matériel* » et « *L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code* ».

 **Concrètement, il est possible d'acheter un logiciel et d'en avoir la propriété matérielle notamment le support CD-Rom, sans détenir de droits de propriété intellectuelle aliénables sur cette œuvre.**

Les droits incorporels découlant de la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit sont de deux types.

- D'un côté, il y a **les droits moraux** : ils ont pour particularité d'être perpétuels, inaliénables et imprescriptibles – c'est-à-dire qu'ils subsistent à l'expiration des droits pécuniaires et ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation ou d'un transfert par voie contractuelle.

Ils comprennent le droit au respect du nom de l'auteur, à sa qualité et au respect de son œuvre, le droit exclusif de divulgation, le droit de repentir et de retrait de l'œuvre.

Il est à noter qu'en matière de logiciel, les droits moraux de l'auteur sont diminués par rapport au droit d'auteur général. Si l'auteur d'un logiciel dispose bien du droit au nom et du droit de divulgation, il ne peut, sauf clause contractuelle qui lui est plus favorable, d'une part, « *s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits (...) lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation* » et d'autre part, « *exercer son droit de repentir ou de retrait.* »

- D'un autre côté, il existe **les droits patrimoniaux** qui correspondent au « *droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire* » (article L.123-1 du CPI).

Ce droit exclusif d'exploitation comprend le droit de représentation, le droit de reproduction, le droit de traduction et d'adaptation, le droit de location et de prêt de tout support corporel de l'œuvre, le droit de distribution et le droit de destination.

A la différence des droits moraux, ils ont une durée limitée et peuvent être cédés dans le cadre d'un contrat.

 **Pour être valable, la cession de droits patrimoniaux doit obligatoirement faire l'objet d'un écrit comportant :**

1. Des mentions obligatoires

Chacun des droits cédés doit faire l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée (article L.131-3 CPI).

La mention des droits de représentation et de reproduction n'est pas suffisante et doit être complétée par les modes d'exploitation.

En outre, les droits cédés ne valent que pour les bénéficiaires expressément visés au contrat.

2. Les modalités de rémunération de l'auteur

En principe, l'auteur doit percevoir le versement d'une « participation proportionnelle » liée aux résultats d'exploitation. Mais, par exception, il est possible de prévoir une rémunération forfaitaire en cas de cession des droits portant sur un logiciel (article L. 131-4 CPI).

Si une des mentions obligatoires n'est pas précisée ou que la rémunération de l'auteur n'est pas encadrée dans un contrat, l'auteur peut se prévaloir de la nullité de la cession de leurs droits (CA Paris, 20 décembre 1989 : *D. 1990. IR. 32*).

B. LA PRATIQUE DE L'« HACKATHON » OU DU « CHAUDRON » ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Depuis plusieurs années, des organismes de Sécurité sociale se lancent dans l'organisation d'hackathons ou de chaudrons pour permettre le développement de logiciels innovants.

Or, les logiciels ainsi que le matériel de conception préparatoire étant des œuvres de l'esprit, les projets informatiques, nés lors des hackathons ou des chaudrons peuvent, en fonction de leur aboutissement, être également considérés comme des œuvres de l'esprit faisant naître pour leurs auteurs des droits de propriété incorporelle.

 **Dans ce cas, l'organisme qui organise l'évènement ne peut utiliser les projets informatiques, résultats de ce concours, si leurs auteurs – c'est-à-dire les équipes de développeurs - ne lui cèdent pas des droits l'autorisant à les exploiter selon ses besoins.**

Toutefois, tous les éléments du logiciel ne sont pas protégés par le droit d'auteur spécifique au logiciel.

Sont protégés par le droit d'auteur spécifique au logiciel **les codes source** et **les codes objet** qui sont la traduction du code source dans un langage lisible et exécutable par l'ordinateur, ainsi que **le matériel de conception préparatoire** défini comme « *l'ébauche informatique du programme dès lors qu'elle est suffisamment avancée pour contenir en germe les développements ultérieurs* ».

En revanche, l'algorithme, le langage de programmation, les fonctionnalités et le cahier des charges ne sont pas protégés.

D'autres éléments externes au logiciel, sous réserve d'originalité, peuvent être protégés par le droit d'auteur commun : **le manuel d'utilisation** et plus largement, l'ensemble de la documentation accompagnant le logiciel, **l'interface graphique** qui permet une communication entre le programme logiciel et l'utilisateur et **le titre du logiciel**.

En d'autres termes, si l'hackathon a pour objectif que les équipes en compétition rédigent un simple cahier des charges, il n'est pas nécessaire de leur faire signer en amont un contrat de cession de leurs droits patrimoniaux dans la mesure où il ne s'agit pas d'un élément protégé.

En revanche, si les équipes doivent rédiger des spécifications techniques et fonctionnelles abouties pour permettre le développement du logiciel voire même de coder une application ou un logiciel, l'organisme ne pourra utiliser ces résultats que s'il leur fait signer un contrat de cession de leurs droits patrimoniaux.

C. EXEMPLES DE CLAUSE-TYPE EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS LES MARCHES PUBLICS

Le cahier des clauses administratives générales **des techniques de l'information et de la communication**²³ (CCAG-TIC), qui sert de cadre de référence pour l'établissement des clauses administratives des marchés, comprend un chapitre 7 « *Utilisation des résultats* », spécifiquement dédié à la gestion des droits de propriété intellectuelle.

Ce chapitre, comporte, notamment, un article 38 mentionnant deux options : A « concession » ou B « cession ».

Toutefois, ces clauses ne sont pas applicables en l'état et doivent impérativement être complétées et précisées au sein des pièces du marché pour être valides et en adéquation avec les besoins actuels et futurs de l'acheteur.

1. Les clauses de définition (article 35 du CCAG-TIC)

1.1 Définition des résultats

« *En complément de l'article 35.1 du CCAG-TIC, dans le cadre du présent marché, les résultats qui résultent de l'exécution des prestations par le titulaire sont le logiciel comprenant :*

- *les éléments protégés au titre du droit d'auteur spécifique aux logiciels :*
 - ✓ *le matériel de conception dont les spécifications fonctionnelles générales et détaillées, le dossier de conception technique et le dossier d'architecture technique, les ébauches, les maquettes, les prototypes.*
 - ✓ *les codes sources,*
 - ✓ *le code objet.*

- *les éléments protégés au titre du droit d'auteur de droit commun :*
 - ✓ *le titre du logiciel,*
 - ✓ *l'interface graphique du logiciel,*
 - ✓ *la documentation liée à l'utilisation du logiciel dont les manuels d'installation, d'exploitation et d'utilisateur, les supports de formation.*

[Autre résultats ...] »

1.2 Définition des connaissances antérieures

« *Par dérogation à l'article 35.3 du CCAG-TIC, les « connaissances antérieures » désignent tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support, qui ne résultent pas de l'exécution des prestations objet du marché protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection tels que le savoir-faire, le secret des affaires, le droit à l'image des biens ou des personnes et qui appartiennent, au jour de la notification du marché, au pouvoir adjudicateur, au titulaire du marché ou à des tiers désignés, ou qui leurs sont concédés en licence.*

Les connaissances antérieures du titulaire du marché sont... [description précise des connaissances antérieures apportées par le titulaire du marché pour réaliser le(s) résultat(s)].

Les connaissances antérieures du pouvoir adjudicateur sont... [description précise des connaissances antérieures apportées par le pouvoir adjudicateur pour réaliser le(s) résultat(s)].

²³ Adopté par l'arrêté du 16 septembre 2009 (NOR: ECEM0912514A)

Les connaissances antérieures de tiers désignés sont... [description précise des connaissances antérieures des tiers utilisées pour réaliser le(s) résultat(s)].

Conformément à l'article 36.3 du CCAG-TIC, au cours de l'exécution du marché, le titulaire du marché ne peut utiliser ou incorporer, sans l'accord préalable du pouvoir adjudicateur, des connaissances antérieures nécessaires à la réalisation de l'objet du marché qui seraient de nature à limiter ou à rendre plus coûteux l'exercice des droits afférents aux résultats.

En conséquence, le titulaire du marché est tenu au fur et à mesure de l'exécution du marché de soumettre pour accord au pouvoir adjudicateur, avant leur utilisation ou incorporation, les connaissances antérieures accompagnées du régime juridique y afférent qui n'ont pas été identifiées au moment de la conclusion du marché. Si le pouvoir adjudicateur donne son accord à l'utilisation ou l'incorporation de ces connaissances antérieures dans les résultats, un avenant est conclu entre les parties en ce sens. »

1.3 Tiers désignés dans le marché

« En complément de l'article 35.4 du CCAG-TIC, les « tiers désignés dans le marché » qui bénéficient des mêmes droits et qui sont soumises aux mêmes obligations que le pouvoir adjudicateur pour l'utilisation des résultats, sont ... [Déterminer la liste des tiers désignés du marché]. »

2. Le régime des connaissances antérieures (article 36 du CCAG-TIC)

Le régime des connaissances antérieures doit suivre le régime prévu au marché pour l'utilisation des résultats.

Selon l'option A ou B choisie par l'organisme, le titulaire du marché peut être amené à concéder ou céder ses connaissances antérieures.

2.1 Clause de concession des connaissances antérieures

En cas de concession des résultats (option A), l'organisme doit prévoir une clause de concession des connaissances antérieures, qui est le régime prévu par l'article 36 du CCAG-TIC.

« Conformément à l'article 36.1 du CCAG-TIC, la conclusion du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures. Le pouvoir adjudicateur, le titulaire du marché et les tiers désignés dans le marché restent titulaires, chacun en ce qui les concerne, des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature portant sur les connaissances antérieures.

En complément de l'article 36.2. du CCAG-TIC, dans le cas où le titulaire du marché incorpore des connaissances antérieures dans les résultats ou utilise des connaissances antérieures qui sont disponibles sous un régime de licence libre ou que des connaissances antérieures, sans être incorporées aux résultats, sont strictement nécessaires pour la mise en œuvre des résultats, le titulaire du marché concède à titre non exclusif au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché, le droit d'utiliser de façon [permanente ou temporaire], [en tout ou partie], par tout moyen, sur tous supports et sous toutes formes les connaissances antérieures strictement nécessaires pour utiliser les résultats pour les besoins découlant de l'objet du marché.

Ce droit comprend le droit de reproduire, de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, de représenter les connaissances antérieures pour utiliser les résultats.

Il comprend également au profit du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés le droit de modifier, d'adapter et de traduire les connaissances antérieures pour utiliser les résultats.

La concession des droits sur les connaissances antérieures est comprise dans le prix du marché.

Les droits précités sur les connaissances antérieures sont concédés pour la même durée et le même territoire que les droits d'utilisation portant sur les résultats.

Le pouvoir adjudicateur et les tiers désignés dans le marché ont la possibilité de sous-concéder les connaissances antérieures du titulaire incorporées dans les résultats à tous tiers de leur choix, pour l'utilisation des résultats dans les limites de l'objet du marché. »

2.2 Clause de concession des connaissances antérieures

En cas de cession des résultats, il est nécessaire de déroger au régime prévu à l'article 36 du CCAG-TIC et de prévoir une cession des connaissances antérieures afin notamment d'éviter toute opposition ultérieure par l'éditeur de licence d'exclusivité sur des logiciels standards qui seraient imbriqués aux résultats.

« Par dérogation à l'article 36 du CCAG-TIC, la conclusion du marché emporte le transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures du titulaire incorporés aux résultats au profit du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés dans le marché. »

i. Proposition de clause si le pouvoir adjudicateur souhaite utiliser les connaissances antérieures cédées que dans la limite du périmètre du marché :

« Le titulaire du marché cède, [à titre exclusif ou non exclusif], le droit de reproduire, de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, de représenter les connaissances antérieures faisant l'objet de droits ou titres de toute nature, afin d'utiliser les résultats pour les besoins découlant du marché, y compris à des fins commerciales.

Il comprend également au profit du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés le droit de modifier, d'adapter et de traduire les connaissances antérieures pour utiliser les résultats.

Les droits précités sur les connaissances antérieures sont cédés pour la même durée, le même territoire et les mêmes modes d'exploitation que les droits d'utilisation portant sur les résultats. »

ii. Proposition de clause si le pouvoir adjudicateur souhaite utiliser les connaissances antérieures cédées dans tous les domaines d'activité (en ce compris, mais pas exclusivement, les finalités du marché) :

« Le titulaire du marché cède, [à titre exclusif ou non exclusif], le droit de reproduire, de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, de représenter les connaissances antérieures faisant l'objet de droits ou titres de toute nature, afin d'utiliser les résultats pour toutes exploitations de nature que ce soit et à quelque fin que ce soit, y compris à des fins commerciales.

Il comprend également au profit du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés le droit de modifier, d'adapter et de traduire les connaissances antérieures pour utiliser les résultats.

Les droits précités sur les connaissances antérieures sont cédés pour la durée légale de protection et pour le monde entier.

La cession des droits sur les connaissances antérieures est comprise forfaitairement dans le prix du marché. »

3. Les clauses de cession des résultats (article 38 du CCAG-TIC)

3.1 Clause de concession des droits sur les résultats (option A)

« L'option A du CCAG-TIC s'applique.

En complément, il est précisé que les droits sur les résultats sont concédés pour les modes d'exploitation suivants :

- *Etendue de l'exploitation : [A compléter (par exemple, « les droits sont concédés pour une exploitation sur tous supports, y compris numériques... »)]*
- *Destinations de l'exploitation : [A compléter si volonté d'exploitation au-delà des besoins découlant de l'objet du marché : par exemple, à des fins d'information, de promotion, d'enseignement, de recherche...)]»*

a. Droits du pouvoir adjudicateur

« Il est fait application de l'article A.38.1 du CCAG-TIC.

L'article A.38.1.1 du CCAG-TIC est complété comme suit :

1. La concession porte sur l'ensemble des droits patrimoniaux de reproduction et de représentation et notamment les droits de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, d'adapter, d'arranger, de corriger, de traduire, d'incorporer ainsi que le droit de communiquer à des tiers les résultats à des fins non commerciales, notamment à des fins d'information et de promotion.

Le droit d'adapter, d'arranger et de corriger les résultats est entendu comme le droit de modifier tout ou partie des résultats, d'en faire la maintenance préventive, corrective, adaptative et évolutive, d'en réaliser de nouvelles versions ou de nouveaux développements, de le traduire en toute langue, transcrire dans tout langage de programmation, porter sur toute configuration, interfacer avec tout logiciel, base de données, produit informatique, d'en réutiliser les algorithmes à toutes fins, d'en intégrer tout ou partie vers ou dans des œuvres existantes ou à venir, et ce sur tous supports connus ou inconnus à ce jour, de manière directe ou indirecte.

2. Les droits portant sur les résultats qui ont la forme de logiciels comportent, en outre, celui d'évaluer, d'observer, de tester, d'analyser, de décompiler, pour les besoins découlant de l'objet du marché, conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle.

3. Les codes sources et la documentation nécessaire à la mise en œuvre des droits sur les résultats sont livrés au pouvoir adjudicateur par le titulaire simultanément à la remise du code objet. Les codes sources et la documentation sont confidentiels.

Le principe de confidentialité des codes sources ne fait pas obstacle à la mise à disposition de ces codes par le pouvoir adjudicateur au profit de tiers pour réaliser les opérations de maintenance et tierce maintenance applicative. Le cas échéant, avant la remise des codes sources et de la documentation associée au tiers chargé de réaliser les opérations de maintenance et de tierce maintenance applicative, le pouvoir adjudicateur sera tenu de le soumettre à une obligation de confidentialité. »

b. Dispositions communes

« Il est fait application de l'article A.38.2 du CCAG-TIC.

En complément de l'article A.38.2.3 du CCAG-TIC, le pouvoir adjudicateur et les tiers désignés dans le marché ont la possibilité de sous-licencier ou de sous-traiter les résultats à tout tiers, sous quelque forme que ce soit par tout type de contrat, et notamment par voie de licence, de contrat de prestation de service, tout ou partie des droits concédés, à titre temporaire ou définitif, onéreux ou gratuit, et notamment le droit de faire réaliser la tierce maintenance applicative des résultats par tout tiers de son choix.

Conformément à l'article 38.2.6. du CCAG-TIC, pendant une période de deux ans, le titulaire du marché est tenu de fournir, sur demande du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés dans le marché, l'assistance indispensable à l'exercice des droits concédés selon les modalités techniques et financières détaillées ci-après : [à compléter]. »

c. Garanties des droits

« Le titulaire garantit au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché la jouissance pleine et entière, libre de toute servitude, des droits concédés aux termes du marché conformément aux dispositions de l'article A.38.3 du CCAG-TIC.

Dans ces hypothèses, le titulaire du marché prendra à sa charge, à première demande du pouvoir adjudicateur et sans plafond financier, tous dommages et intérêts auxquels le pouvoir adjudicateur serait, en l'absence de faute qui lui serait directement imputable, condamné à raison d'un acte de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme, du fait de l'exploitation des résultats et des connaissances antérieures du titulaire du marché conforme aux dispositions du marché dès lors que la condamnation les prononçant devient exécutoire.

De même, le titulaire du marché prendra à sa charge, à première demande du pouvoir adjudicateur et sans plafond financier, toute indemnité transactionnelle auxquels le pouvoir adjudicateur serait, en l'absence de faute qui lui serait directement imputable, obligé de verser à raison d'un acte de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme, du fait de l'exploitation des résultats et des connaissances antérieures du titulaire du marché conforme aux dispositions du marché à compter de la signature de la transaction. »

d. Droits du titulaire du marché

« Il est fait application de l'article A.38.4 du CCAG-TIC.

En complément de l'article A.38.4.3. du CCAG-TIC, le titulaire du marché peut publier les résultats sous réserve du respect des obligations de confidentialité fixées à l'article 5 du CCAG-TIC et ci-après : [à déterminer].

En outre, si les résultats comprennent des connaissances antérieures mises à sa disposition par le pouvoir adjudicateur ou des tiers désignés dans le marché pour l'exécution du marché, le titulaire ne peut les publier sans avoir obtenu leur accord préalable écrit.

La publication doit mentionner que les résultats ont été financés par le pouvoir adjudicateur. »

e. Redevances du titulaire

« Il est fait application de l'article A.38.5 du CCAG-TIC.

Les modalités de calcul de la redevance sont déterminées comme suit : [à déterminer]. »

f. Exploitation à des fins commerciales des résultats par le pouvoir adjudicateur ou les tiers désignés dans le marché

« Par dérogation à l'article A.38 du CCAG TIC, le titulaire du marché autorise le pouvoir adjudicateur et les tiers désignés dans le marché à exploiter commercialement les résultats dans le respect des dispositions de l'article A.38.6 complété comme suit :

- *Durée* : [à compléter] ;
- *Territoire* : [à compléter] ;
- *Modes d'exploitation* [à compléter (droits cédés (reproduction, représentation, adaptation, distribution, traduction, etc.) et étendue (prévoir les différents supports envisagés : papier, numérique, etc. ou « sur tout support » ...)].

En contrepartie de cette exploitation commerciale, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire du marché une redevance, lorsque la somme des recettes issues de l'exploitation commerciale des résultats dépasse le montant payé par le pouvoir adjudicateur. Cette redevance est calculée selon les modalités de l'article A.38.5, dans la limite d'un montant égal à celui du marché, à conditions économiques constantes.

Le montant de cette redevance est fixé comme suit : [à compléter.] »

3.2 Clause de cession des droits sur les résultats (option B)

« L'option B du CCAG-TIC s'applique.

En application de l'article B.38 du CCAG-TIC, le titulaire du marché cède, à titre exclusif, l'intégralité des droits ou titres de toute nature afférents aux résultats permettant au pouvoir adjudicateur de les exploiter librement, y compris à des fins commerciales pour les destinations précisées ci-après.

[Option : Le pouvoir adjudicateur accepte de rétrocéder ou concéder à titre non exclusif certains droits d'exploitation au bénéfice du titulaire du marché définis à l'article ci-après « droits du titulaire.]

a. Droits du pouvoir adjudicateur

« Il est fait application de l'article B.38.1 du CCAG-TIC complété comme suit :

- *Modes d'exploitation* : [définir les droits cédés (reproduction, représentation, adaptation, distribution etc.), l'étendue (Supports d'exploitation – possible de prévoir « sur tout support ») et la destination (fins de l'exploitation)] ;
- *Territoire* : [A définir (au maximum : monde entier – à adapter selon les besoins – attention : lorsque l'exploitation est réalisée sur internet : monde entier)] ;
- *Durée* : [A définir (au maximum : pour la durée légale maximum des droits concernés)] ;
- *Prix de la cession* : [A négocier et définir (possible de prévoir son inclusion dans le prix du marché ou le paiement d'un prix supplémentaire)] ;
- [Indiquer également si des adaptations, modifications ou arrangements spécifiques des résultats sont envisagés dès la passation du marché].

Le droit d'adapter, d'arranger et de corriger les résultats est entendu comme le droit de modifier tout ou partie des résultats, d'en faire la maintenance préventive, corrective, adaptative et évolutive, d'en réaliser de nouvelles versions ou de nouveaux développements, de le traduire en toute langue, transcrire dans tout langage de programmation, porter sur toute configuration, interfacier avec tout logiciel, base de données, produit informatique, d'en réutiliser les algorithmes à toutes fins, d'en intégrer tout

ou partie vers ou dans des œuvres existantes ou à venir, et ce sur tous supports connus ou inconnus à ce jour, de manière directe ou indirecte.

Les codes sources et la documentation nécessaires à la mise en œuvre des droits sur les résultats sont livrés, sur support exploitable, en même temps que le code objet. Les codes sources sont confidentiels.

Le principe de confidentialité des codes sources ne fait pas obstacle au droit discrétionnaire du pouvoir adjudicateur de mettre à disposition lesdits codes sources au profit de tiers pour réaliser les opérations de maintenance et tierce maintenance applicative ».

b. Dispositions communes

« Il est fait application de l'article B.38.2 du CCAG-TIC.

En complément de l'article B.38.2.4 du CCAG-TIC, pendant une période de deux ans, le titulaire du marché est tenu de fournir, sur demande du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés dans le marché, l'assistance indispensable à l'exercice des droits concédés selon les modalités techniques et financières détaillées ci-après : [à compléter]. ».

c. Garanties des droits

« Il est fait application de l'article B.38.3 du CCAG-TIC complétée comme suit :

Dans ces hypothèses, le titulaire du marché prendra à sa charge, à première demande du pouvoir adjudicateur et sans plafond financier, tous dommages et intérêts auxquels le pouvoir adjudicateur serait, en l'absence de faute qui lui serait directement imputable, condamné à raison d'un acte de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme, du fait de l'exploitation des résultats et des connaissances antérieures du titulaire du marché conforme aux dispositions du marché dès lors que la condamnation les prononçant devient exécutoire.

De même, le titulaire du marché prendra à sa charge, à première demande du pouvoir adjudicateur et sans plafond financier, toute indemnité transactionnelle auxquels le pouvoir adjudicateur serait, en l'absence de faute qui lui serait directement imputable, obligé de verser à raison d'un acte de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme, du fait de l'exploitation des résultats et des connaissances antérieures du titulaire du marché conforme aux dispositions du marché à compter de la signature de la transaction. »

d. Droits du titulaire du marché

« Il est fait application de l'article B.38.4 du CCAG-TIC.

En complément de l'article B.38.4.2 du CCAG-TIC, le titulaire du marché peut exploiter, y compris à titre commercial, les résultats avec l'accord préalable et écrit du pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues ci-dessous : [A définir le paiement d'une redevance]. »

4. Clause-type pour autoriser la tierce maintenance applicative

« Par dérogation à l'article 32.1 du CCAG-TIC, le pouvoir adjudicateur est autorisé à confier [à l'expiration du marché], les opérations de tierce maintenance applicative à un tiers de son choix, sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du titulaire du marché : [modalités à préciser]. »

ANNEXE 1 : BENCHMARK

La rédaction de ce guide a été l'occasion de rencontrer différents professionnels de l'achat et de l'innovation afin de partager leur expérience, connaître les outils mis en place et recueillir leurs différents conseils.

1. POLE EMPLOI

Pôle Emploi est un établissement public administratif né de la fusion en 2008 de l'ANPE et des ASSEDIC.

Il a pour principale mission de proposer à tout demandeur d'emploi un interlocuteur unique qui devra mettre en place des mesures pour lui assurer un retour sur le marché du travail rapide et dans les meilleures conditions possibles.

Pôle Emploi assure donc l'inscription, l'information, l'orientation, le suivi et l'accompagnement des demandeurs d'emploi.

Il est par ailleurs chargé de mettre en relation demandeurs et offreurs d'emplois.

Il soutient les personnes au chômage d'un point de vue financier : il détermine et verse les allocations chômage ou les minimas sociaux aux demandeurs d'emplois qu'il a à sa charge.

L'innovation dans la structure :

Pôle Emploi a mis en place le LAB. Il s'agit d'un lieu où peuvent échanger collaborateurs et usagers de Pôle emploi, partenaires et startups dans le domaine de l'emploi lors de sessions collaboratives animées par une équipe dédiée en utilisant des méthodes de créativité.

Il vise à développer de nouveaux services innovants pour les usagers en coconstruisant de nouvelles solutions avec eux.

C'est aussi un outil de transformation interne de Pôle emploi, en associant les collaborateurs dès la conception du projet, en diffusant de nouveaux modes de travail et une culture de l'innovation.

Dispositifs utilisés en matière d'innovation :

Pôle Emploi a recours à des hackathons qui ne donnent pas lieu à la remise d'un prix.

Pour chaque hackathon, il est élaboré un règlement définissant les conditions de participation et le déroulement du hackathon.

Ce document publié sur une plateforme dématérialisée indique notamment :

- La durée du dispositif ;
- Les modalités des différentes phases ;
- Les critères de sélection ;
- Les règles applicables en matière de propriété intellectuelle ;
- Les règles relatives à la confidentialité.

Pôle Emploi utilise également des POC (preuve de concept, de l'anglais : *proof of concept*). Il s'agit d'une réalisation expérimentale concrète et préliminaire, illustrant une certaine méthode ou idée afin d'en démontrer la faisabilité.

D'un montant inférieur à 25 000 euros HT, ces POC font l'objet de contrats de gré à gré. Dans les cas où le POC s'avère satisfaisant et où l'acquisition et la généralisation sont décidées, le droit de la commande publique trouve bien évidemment à s'appliquer.

2. EDF

EDF est le fournisseur historique d'électricité en France. Il est né en 1946 de la réunion, par une loi de nationalisation, des 1.500 entreprises françaises de production, de transport et de distribution d'électricité. C'est alors un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC).

Depuis 2004, EDF est une société anonyme dont plus de 80% est détenu par l'Etat.

L'innovation dans la structure :

En 2016, EDF a créé en collaboration avec la startup Fanvoice (spécialiste de la cocréation entre marques et consommateurs) la plateforme Edfpulse and you.

Elle permet de co-innover en organisant (en ligne) la rencontre entre les usagers, la marque EDF et des startups triées, le but final étant de capitaliser sur Internet pour innover.

Les startups travaillent avec les « Pulseurs » (clients EDF) et les collaborateurs de la marque pour aller vers des améliorations des produits et services actuels ou futurs.

Jusqu'à présent, une trentaine de projets innovants ont été cocréés grâce à cette plateforme.

Bonnes pratiques :

- Centraliser :

En matière d'innovation, il importe de centraliser les compétences ou, a minima, de mettre en relation les initiatives.

- Sourcer :

Le sourcing est absolument indispensable en matière d'innovation : il permet de communiquer avec l'écosystème de l'innovation et d'être visible de ses acteurs.

Il doit se faire en continu tout au long de l'année et pas seulement lorsqu'un projet se précise.

- S'autoriser un droit à l'erreur :

Expérimenter et innover implique de prendre des risques. Il faut en avoir conscience.

- Se doter d'outils et de moyens spécifiques :

EDF a mis en place une organisation dédiée à l'innovation afin de gagner en compétences et en réactivité.

Des juristes spécialisés ont été recrutés. Ils sont associés en amont des projets.

Un contrat type « start-up » a été élaboré afin de rendre compréhensible les stipulations contractuelles à ces structures de petite taille.

Ce ne sont pas les mêmes collaborateurs qui gèrent l'innovation et la généralisation.

Les process ont été standardisés : des procédures claires, transparentes ont été mises en place.

3. DAE

La direction des achats de l'Etat a été créée par le décret du 3 mars 2016. Placée auprès du ministre des finances et des comptes publics, elle s'est substituée au service des achats de l'Etat (SAE), service à compétence nationale.

Ses principales missions sont de :

- définir la politique des achats de l'Etat sous l'autorité du Premier ministre ;
- conclure les marchés publics interministériels ou en confier la conclusion à un autre service de l'Etat, à l'Union des groupements d'achats publics, à une autre centrale d'achat public ou à un établissement public de l'Etat. Elle s'assure de la bonne exécution de ces marchés ;
- conseiller les services de l'Etat, et les établissements publics de l'Etat pour leurs stratégies d'achat ainsi que pour l'organisation de la fonction d'achat ;
- animer le réseau social professionnel des acteurs de la fonction achat de l'Etat ;
- identifier et animer le réseau d'experts en achats des services de l'Etat ainsi que celui des établissements publics.

L'outil : www.achatspublics-innovation.fr

La Plate-forme des achats d'innovation a été créée par l'Etat pour faciliter la mise en relation entre les ministères, les établissements publics et les PME innovantes.

Mise en œuvre par l'association Pacte PME, elle permet aux entreprises de concrétiser un contact direct avec le secteur public en présentant une compétence différenciée avant la rédaction d'un appel d'offres. Les entreprises peuvent transmettre une proposition spontanée, ou répondre à un appel à compétences.

Les appels à compétences sont organisés lorsqu'un achat innovant est pressenti, bien en amont de la rédaction du cahier des charges

Ils sont d'une durée de 6 semaines et débutent par une publication sur la plateforme qui fixe les objectifs à atteindre en termes de performances.

Les entreprises intéressées remplissent un formulaire type dans lequel elles se présentent, décrivent leur solution (déjà commercialisée, prototype...) et leur situation dans l'écosystème de l'innovation (incubateurs, clusters...).

Des rencontres sont ensuite organisées entre une équipe pluridisciplinaire de la DAE avec les entreprises les plus intéressantes : elles se font toutes sur la base d'un guide d'entretien spécifique.

La finalité de ces rencontres est d'aider à la construction du cahier des charges.

Bonnes pratiques :

- Se doter d'outils permettant de réaliser un sourcing de qualité. Il peut s'agir d'une plateforme dédiée à l'innovation qui permettra d'identifier les entreprises innovantes et les nouvelles solutions techniques.

- Créer un réseau d'acheteurs en matière d'innovation :

Compte tenu de la technicité des sujets et de la diversité des compétences nécessaires, la mutualisation des compétences apparaît indispensable.

Une acculturation des acheteurs à l'innovation est nécessaire : cela doit passer par des rencontres avec les starts up et les autres acteurs.

Des « référents innovation », doivent incarner et porter l'innovation dans leur structure.

La professionnalisation et la valorisation des acheteurs sont indispensables.

- Recourir aux outils offerts par le droit de la commande publique. Selon les cas, il peut être utile de recourir à des procédures d'achats considérées comme « *exotiques* », les acheteurs étant en général frileux à l'idée d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif ou le partenariat d'innovation.
- Réfléchir systématiquement à l'allotissement le plus pertinent pour faire émerger des solutions innovantes.
- Laisser aux entreprises la possibilité de présenter des « équivalents » lors de la mise en concurrence.
- User de bonnes pratiques en matière financière tant pour les avances que pour les acomptes.

ANNEXE 2 : LEXIQUE

Achat public innovant

Pour la Direction Générale entreprise et industrie de la Commission européenne, on entend par innovation le transfert réussi d'une idée à sa réalisation sur le marché. Les achats d'innovation se classent ainsi en deux grandes familles :

- . les achats commerciaux qui consistent à faire évoluer un produit déjà existant ;
- . les achats pré-commerciaux de R&D ou pré-commercial procurement (APAC), qui consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype avec ou sans la vente d'un produit à la clé.

Pour la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services du Ministère de l'économie et des finances, les achats innovants sont les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant. Les achats de R&D ayant pour objet de favoriser l'émergence de solutions qui n'existaient pas sur le marché sont également pris en compte. Les achats de produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation. Ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans, et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.

Open innovation (innovation ouverte)

Dans les domaines de la recherche et du développement, ce terme désigne des modes d'innovation fondés sur le partage, la collaboration (entre parties prenantes).

Cette approche est compatible avec une économie de marché (via les brevets et licences) et avec l'Intelligence économique, et permet des approches alternatives, éthiques ou solidaires (économie solidaire), de partage libre des savoirs et des savoir-faire modernes ou traditionnels, avec notamment l'utilisation de *licences libres* dans un esprit dit *ODOSOS* (qui signifie : *Open Data, OpenSource, OpenStandards*).

Selon les cas, l'approche peut donc apparaître altruiste ou au contraire comme un moyen de distribuer (concours) ou de partager (partenariat) le risque et l'investissement vers l'extérieur d'une organisation.

Start-up

D'après le Larousse, une start-up est une « *jeune entreprise innovante, dans le secteur des nouvelles technologies* ».

D'après Patrick Fridenson, historien des entreprises, une start-up se caractérise par quatre critères :

- . une forte croissance potentielle
- . utiliser une technologie nouvelle
- . avoir un besoin de financement massif
- . être sur marché nouveau dont le risque est difficile à évaluer.

R&D

Selon l'INSEE, ce terme englobe les travaux de création entrepris de façon systématique en vue d'accroître la somme des connaissances, y compris la connaissance de l'homme, de la culture et de la société, ainsi que l'utilisation de cette somme de connaissances pour de nouvelles applications.

Pôles de compétitivité

D'après l'article 24 de la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004 qui les a institués, les pôles de compétitivité sont constitués par le regroupement sur un même territoire d'entreprises, d'établissements d'enseignement supérieur et d'organismes de recherche publics ou privés qui ont vocation à travailler en synergie pour mettre en œuvre des projets de développement économique pour l'innovation.

DIRECCTE

Ce sont les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Elles regroupent des services administratifs issus de divers horizons : commerce extérieur, tourisme, commerce et artisanat, intelligence économique, industrie, travail et emploi, concurrence et consommation. Ce sont les interlocuteurs privilégiés des entreprises auprès desquelles elles exercent notamment les compétences suivantes : le développement économique local, le soutien aux filières, le support aux pôles de compétitivité, l'animation des acteurs du service public de l'emploi, la coopération avec les collectivités territoriales et d'autres services de l'état.

Hackathon

Ce terme désigne un événement où un groupe de développeurs volontaires se réunissent pour faire de la programmation informatique collaborative, sur plusieurs jours. C'est un processus créatif fréquemment utilisé dans le domaine de l'innovation numérique.

POC

Une preuve de concept ou POC (de l'anglais : *proof of concept*) - ou encore démonstration de faisabilité - est une réalisation expérimentale concrète et préliminaire, courte ou incomplète, illustrant une certaine méthode ou idée afin d'en démontrer la faisabilité.

Située très en amont dans le processus de développement d'un produit ou d'un process nouveau, la preuve de concept est habituellement considérée comme une étape importante sur la voie d'un prototype pleinement fonctionnel.

ANNEXE 3 : LIENS UTILES

- **Guide pratique de l'achat innovant de la DAJ (version 2 de janvier 2014)**

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf

- **Fiche de la DAJ relative au partenariat d'innovation (mise à jour le 30 mars 2016)**

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/partenariat-innovation-2016.pdf

- **Partenariat d'innovation : la stratégie de propriété intellectuelle (APIE – juin 2017)**

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/propriete_intellectuelle/publications/Partenariat_Innovation.pdf

ANNEXE 4 : LETTRE DE MISSION



Monsieur Michel DURAFFOURG
Président de la CCMOSS
18 avenue Léon Gaumont
75020 PARIS

3DAI - 2017/07/11-1
Affaire suivie par Lionel FERRARIS
Tél. : 01 45 38 83 57

@travail : lferraris@ucanss.fr

Paris, le 17 JUIL. 2017

Objet : Animation d'un groupe de travail juridique sur le recours aux start-up dans le cadre des démarches « innovation » menées par les organismes de sécurité sociale

Monsieur le Président,

En avril dernier, la Cnaf a sollicité les services juridiques de l'Ucanss afin de connaître les pratiques juridiques en matière de démarches d'innovation ouvertes (open innovation), notamment dans le domaine des marchés publics. Une réunion d'échange, tenue le 25 avril dernier entre les représentants de la mission nationale Innovation de la Cnaf, les représentants du secrétariat de la CCMOSS et le pilote du Copil Numérique, a permis de mieux cerner les attentes et de proposer la création d'un groupe de travail dédié.

A partir des cas concrets présentés par la Cnaf, le groupe de travail aurait la charge d'émettre des recommandations au travers d'un guide portant sur les pratiques de recours à des start-up.

Compte-tenu du positionnement de la Commission Consultative des Marchés des Organismes de Sécurité Sociale que vous présidez, il me paraît opportun qu'elle prenne en charge la réalisation de ces travaux afin d'assurer une adhésion la plus large possible.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'assurance de ma considération distinguée.

Lionel FERRARIS
Directeur du Développement Durable,
des Achats et de l'Immobilier

PJ : Lettre de mission du groupe de travail

30 Juin 2011 /	Démarche d'innovation : quelles réponses juridiques	Version 1 Page 1/2
	LETTRE DE MISSION	

1. Contexte de la mission

Les processus d'innovation ont des particularités au regard desquelles la réglementation juridique applicable peut parfois constituer un frein et posent des questions qui peuvent excéder le domaine d'intervention traditionnel des services juridiques des caisses de sécurité sociale (tout comme de la plupart des services publics).

Alors que les caisses de sécurité sociale peuvent s'engager dans des démarches d'innovation ouverte (open innovation) impliquant des collaborations avec des start-ups et autres organismes porteurs d'initiatives privées sous des formes diverses, le besoin de modèles et cadres juridiques adaptés se fait sentir de façon plus précise.

A titre d'exemple :

- 1) Appréhender la relation avec le privé autrement que sous l'angle client-fournisseur. Diverses formes de collaborations peuvent être envisagées en fonction des dossiers : initiatives partagées, co-conception, co-développement, soutien, incubation, financement, prise de participation etc. Ces diverses formes d'innovation ouverte sont maîtrisées par des acteurs tels que La Poste ou Pole Emploi.
- 2) Choisir les partenaires les plus adaptés :
 - les prestataires les plus adaptés sont parfois de petite taille car pointus dans leur domaine et parfois aussi nouveaux, dès lors qu'il s'agit d'innovation. Leur choix intègre parfois une dose d'intuition personnelle qui a sa place dans une certaine mesure s'agissant d'innovation. En raison soit de leur spécialisation, soit de leur manque d'effectif à consacrer à ces activités, ces prestataires ne répondent pas aux appels d'offre traditionnels.
 - pouvoir poursuivre avec une start-up ou toute autre structure, des travaux engagés en phase amont (R et D, preuve du concept, expérimentation) lorsque ceux-ci ont donné satisfaction, sans avoir à repartir sur une phase d'appel d'offres (par exemple si l'OSS souhaite adhérer à un outil d'évaluation des innovations après avoir participé à sa conception dans le cadre d'une action recherche).
- 3) Réduire les délais des processus d'achat, d'appel à prestataires.
- 4) Avoir une capacité d'expérimentation et de test hors du champ des missions, en tant qu'organisme citoyen responsable. Par exemple s'il est envisagé de tester le concept d'immeubles administratifs responsables ou économiquement positifs, concept qui consiste à rendre utiles et occupés les sièges des administrations non pas 50% du temps sur une année, mais près de 100% par notamment l'accueil d'événements en soirée ou l'hébergement nocturne de personnes en difficulté.

Page 1 sur 2

30 juin 2017	Démarche d'innovation : quelles réponses juridiques	Version	1
		Page	2/2

2. Proposition de travail

La CNAF a sollicité la 3DAI afin de l'accompagner dans ses réflexions. A l'issue d'une rencontre qui s'est tenue le 25 avril 2017, il a été convenu de mettre en place un groupe de travail dont la mission serait d'étudier les différentes formes juridiques de recours possibles et les éventuelles évolutions de textes à proposer le cas échéant.

Ce groupe de travail serait placé sous l'égide de la CCMOSS avec l'appui de son secrétariat. Sa composition reste à définir mais dans ce cadre il est proposé que ce groupe soit constitué de juristes. D'autres contributions pourront être sollicité au sein de la DSS, du SGMAP ou de la DAE.

Un benchmark pourra être réalisé auprès d'organisations du secteur public ayant eu recours à des start-ups.

3. Livrables attendus

- Guide avec des recommandations
- Synthèse d'un benchmark sur les dispositifs juridiques existants (appel à projet, partenariat d'innovation)

4. Calendrier

1^{ère} réunion d'échange : courant septembre 2017

Echéance : 1^{er} trimestre 2018

ANNEXE 5 : COMPTES-RENDUS DE REUNIONS



Innovation et marchés publics

PROCES-VERBAL DE LA REUNION DU 23 OCTOBRE 2017

Etaients présents :

Mme CAPRON-APARICI, responsable département droit public/commande publique et nouvelles technologies -
Sous-direction des Affaires juridiques ACOSS

M. ROSSI, sous-directeur - Sous-direction des Affaires juridiques ACOSS

Mme SYMPHORIEN, responsable - Secrétariat de la CCMOSS à l'UCANSS

M. BLARD, juriste - Secrétariat de la CCMOSS à l'UCANSS

M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS

Mme SAIDANI, juriste - Département des affaires juridiques CCMSA

M. FLINT D'AURIAC, responsable - Département des affaires juridiques CCMSA

Mme BLOT, responsable politique achats, affaires juridiques et commande publique – Secrétariat général CNAF

Mme DOAL, Directrice de l'innovation (en charge du CafLab) - CNAF

M. BASTARD, responsable des achats nationaux - CNAF

Mme HAGNERE, juriste - Pôle prestations intellectuelles - Département juridique CNAMTS

Mme LE GUENNEC, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique CNAMTS

M. DUMARCAY, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique CNAMTS

M. DE MUNCK, responsable - Département Conseil Juridique et Assistance CNAV

M. PRIOU, responsable Expertise achats Informatiques DSI - CNAV

M. JUCHAT, administrateur - membre suppléant à la CCMOSS - CNRSI

Mme GURAN - Bureau 4C Système d'information des organismes de sécurité sociale et réglementation des
traitements de données à caractère personnel – Direction de la Sécurité sociale

M. SIMANTOV - Bureau 4C Système d'information des organismes de sécurité sociale et réglementation des
traitements de données à caractère personnel – Direction de la Sécurité sociale

Mme DEYMARD, Directrice - Direction de l'Intelligence Numérique UCANSS

M. FERRARIS, Directeur – Direction des achats, de l'immobilier et du développement durable UCANSS

M. MARTIN, chargé de mission numérique UCANSS

Mme GOUBERT-JAMBERT, membre CCMOSS - Secrétariat général - Ministère de l'agriculture

Maître SABATTIER, avocat associé – Cabinet Peyrical et Sabattier

Excusée

Mme MONSAURET, responsable pôle MOA Transverses – Direction de la Maitrise d'ouvrage CNAV

M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS, ouvre la réunion et remercie les personnes présentes.

Il rappelle que la CCMOSS est une instance inter-régimes compétente en matière de marchés publics. Sa mission principale est d'opérer un contrôle préalable obligatoire sur les projets de marché d'un montant égal ou supérieur à 4 millions d'euros HT. Elle est également compétente pour créer des groupes de travail sur des sujets particuliers.

Le dernier en date a, ainsi, été consacré à l'achat de logiciels informatiques.

Le présent groupe de travail a été constitué à la suite d'une intervention du secrétariat de la CCMOSS, auprès de Mme DOAL en charge du CafLab au sein de la CNAF et qui se veut être un lieu d'innovation et d'échange.

Au regard des problématiques soulevées qui concernent l'ensemble de l'Institution, en particulier dans le domaine de la commande publique, il a été décidé de saisir la CCMOSS d'une demande de mise en place d'un groupe de travail.

A cet effet, un courrier et une lettre de mission de l'UCANSS ont été adressés à la CCMOSS en juillet 2017. Le secrétariat de la CCMOSS sera en charge de l'animation de ce groupe de travail avec le concours de Maître SABATTIER, avocat associé.

M. DURAFFOURG indique que l'objectif de ce groupe est de conjuguer recours aux solutions innovantes et droit de la commande publique.

Il propose un tour de table des différents participants afin que chacun puisse exprimer sa préoccupation et préciser ses objectifs.

Mme HAGNERE explique que la CNAMTS recourt à des partenariats avec des start-up, avec des associations et organise des hackathons.

Elle indique que ces situations soulèvent des questions intéressant le droit de la commande publique et le droit de la propriété intellectuelle.

Mme LE GUENNEC ajoute que la question de la frontière entre subventions et commande publique se présente fréquemment. Elle souhaiterait l'élaboration d'une grille de lecture clarifiant la situation.

M. DUMARCAY complète les propos en évoquant les appels à projets liés au dispositif des subventions accordées par les organismes de Sécurité sociale.

M. ROSSI, pour l'ACOSS, indique avoir été sollicité dans le cadre de la mise en œuvre de « chaudrons » (échanges avec des start-up portant sur la construction d'innovations numériques).

Il soulève les questions de « sourcing », de droits d'exclusivité, de co-développement de solutions...

Mme CAPRON-APARICI s'interroge pour sa part sur les règles juridiques à respecter lorsque les Urssaf sont en relations avec des entreprises de type start-up.

Elle attire l'attention de la Commission sur le fait que ces partenariats posent des problèmes dès lors qu'existent des flux financiers.

En réponse à **M. DURAFFOURG** qui souhaite connaître la position adoptée par les contrôleurs d'Etat des caisses nationales, **M. ROSSI** indique, qu'en ce qui concerne l'ACOSS, le contrôleur est particulièrement vigilant à ce que ne soit pas constitué un délit de favoritisme.

M. PRIOU, pour la CNAV, s'interroge pour sa part sur les canaux de communication à utiliser pour atteindre les PME innovantes.

Il relève que la problématique des start-up est identique à celle des PME en général.

Il souligne les risques à contracter systématiquement avec de grandes entreprises et les opportunités existant pour les organismes de sécurité sociale à travailler avec des acteurs de petite taille dans les secteurs innovants.

M. DE MUNCK membre de la CCMOSS, indique que la CNAV a déjà contractualisé avec des entreprises innovantes dans le cadre de marchés publics.

Il précise qu'elle n'a pas expérimenté le partenariat d'innovation et que la question de la frontière entre marchés et subventions n'est pas toujours simple.

Mme DEYMARD, informe le groupe de travail de la création, au sein de l'UCANSS, d'une direction de l'intelligence numérique en charge d'un Lab numérique interbranches visant à la mutualisation de la veille dans le champ de la transformation numérique et des techniques émergentes.

Elle évoque les contrats d'impact social et fait part de son souhait de recueillir des informations sur le partenariat d'innovation.

M. MARTIN explique avoir eu en charge la mise en place de ce « Lab numérique ».

Il signale l'existence, au sein de l'UCANSS d'un COPIL numérique qui regroupe toutes les caisses nationales du régime général ainsi que la MSA, le RSI et l'EN3S.

Il pose la question de l'utilisation des résultats d'un hackathon.

Il évoque l'exemple de Pôle Emploi qui travaille avec des PME et collabore avec des associations comme Bob Emploi qui donne des conseils personnalisés pour la recherche d'emploi.

M. BASTARD, membre de la CCMOSS, indique que lui aussi doit faire face aux mêmes problématiques.

Il rappelle qu'un produit innovant est un produit nouveau ou sensiblement amélioré.

Il attire l'attention sur le fait que les démarches d'innovation s'inscrivent totalement dans le contexte actuel d'évolution du réseau et des nouvelles COG.

M. FERRARIS rappelle son rôle de passerelle entre la CNAF et le secrétariat de la CCMOSS, placé sous sa responsabilité.

M. JUCHAT indique qu'il est le suppléant de M. TIRGOUINE membre titulaire de la CCMOSS et qu'il manifeste, par sa présence, l'intérêt des administrateurs du régime pour cette question.

Mme SAIDANI, pour la CCMSA, signale que la principale problématique qu'elle rencontre est celle des subventions et des partenariats.

Elle souhaiterait qu'une position claire soit adoptée en la matière.

M. FLINT D'AURIAC explique, en effet, que la MSA est chargée de la gestion de l'ensemble des régimes obligatoires de protection sociale agricole et qu'elle prend en charge la médecine du travail et la prévention des risques professionnels.

Il indique que l'innovation trouve donc toute sa place notamment dans le domaine de la prévention des risques professionnels. Il évoque ainsi les innovations portées par la MSA dans le domaine des machines agricoles.

Il indique que différents contentieux sont actuellement en cours et qu'une entreprise a attaqué la CCMSA pour contrefaçon.

Il fait part de son intérêt pour la procédure du partenariat d'innovation.

Mme BLOT se présente et laisse Mme DOAL exposer les problématiques de la CNAF.

Mme DOAL remercie à nouveau la CCMOSS et son secrétariat pour l'organisation de ce groupe de travail.

Elle indique qu'il est question ici des nouvelles façons de travailler avec le monde extérieur.

Elle constate l'existence d'une « zone grise » qui nécessite, selon elle, de diligenter une étude afin de sécuriser juridiquement ces nouvelles approches.

Elle fait état de différentes expérimentations engagées par la CNAF en matière d'innovation et qui soulèvent de nombreuses questions :

- Expérimentation d'un service de « Visio rendez-vous » avec une start-up et des CAF.

Qu'elles ici sont les possibilités de soutien de cette petite entreprise sur un mode d'incubation (ou autre) pour qu'elle puisse introduire les modifications et ajustements nécessaires dans son architecture pour répondre au besoin ?

- collaboration R&D avec une start-up pour l'élaboration d'un service, dans le cadre d'un partenariat de projets d'étudiants.

Deux étudiants en master PIC à Polytechnique, l'un en alternance à la CNAF, l'autre en alternance dans la start-up ont développé un modèle d'évaluation des innovations publiques à partir de l'exemple du projet concret de la CNAF. Ce modèle permet à la start-up d'enrichir son offre en développant un nouveau service à destination des acteurs publics. En échange, la CNAF a le droit d'accéder à l'outil développé sur internet dans sa version bêta.

A quel instrument juridique faire appel pour ce type de collaboration ?

- après une expérimentation, comment passer à la généralisation sans temps mort (imposé par les marchés) ?

Si nous voulons éviter le temps mort et de rupture de service imposé par la procédure d'appel d'offres entre la fin de l'expérimentation avec quelques caisses et la généralisation.

Peut-on mobiliser l'instrument « partenariat d'innovation » avec la start-up (sous réserve que l'expérimentation donne satisfaction et qu'il y ait un souhait de poursuite) ?

- les POC (proof of concept ou preuve de concept) et autres expérimentations avancées doivent permettre à la CNAF d'évaluer l'intérêt d'une technologie ou d'une méthode et ses conditions de faisabilité pour la branche, avant d'envisager son utilisation à grande échelle ou généralisée.

Comment prendre en compte les suites possibles de ces POC pouvant aboutir à une poursuite des projets sous une forme plus intégrée, incluant des développements et adaptations par le prestataire, et ensuite une généralisation de la solution ?

- open innovation :

Il s'agit de référencer des services offerts par la société civile et des entreprises privées commerciales, portant des offres complémentaires à celles proposées par la branche. Cela permet d'offrir aux usagers un service complet au-delà de celui que la branche propose dans le cadre de ses missions, en ajoutant à l'offre de base des services complémentaires réalisés par des entreprises commerciales

Mme GURAN précise être présente en tant qu'observateur pour le compte de la DSS. Elle note que la réglementation des marchés publics ne répond pas toujours aux problématiques que rencontrent les administrations.

M. SIMANTOV (DSS) indique que le présent groupe de travail s'inscrit dans le schéma directeur stratégique informatique initié par la DSS. L'attente porte sur les modalités de contractualisation, mais aussi sur la manière pour les OSS d'œuvrer avec des acteurs de l'innovation, compte tenu des « modèles économiques » en présence.

Mme GOUBERT-JAMBERT, membre de la CCMOSS et représentante du ministre en charge de l'agriculture fait part de son intérêt pour ce domaine nouveau.

M. DURAFFOURG, remercie les participants pour ce tour de table. Il indique que la CCMOSS est soucieuse de ne pas être considérée comme une commission « sanction » uniquement chargée de donner des avis sur des projets de marchés.

Il rappelle qu'elle a ainsi fortement contribué, en lien avec la DSS, à la rédaction de l'article L 114-25 du code de la Sécurité sociale.

Maître SABATTIER qui a été sollicitée pour accompagner le secrétariat de la CCMOSS sur les problèmes juridiques que soulèvent les achats innovants, relève qu'il ressort, de ces échanges, les deux thématiques suivantes :

- Le droit de la commande publique ;
- Le droit de la propriété intellectuelle.

Elle estime qu'il lui paraît indispensable de clarifier les notions juridiques concernées.

Elle rappelle que les critères jurisprudentiels permettant de distinguer, marchés publics et appels à projet permettant l'octroi de subventions, sont l'initiative du projet et la contrepartie du prix.

A la demande de **M. DURAFFOURG**, **M. MARTIN**, apporte des précisions sur ce qu'est un hackathon : cela désigne un événement où une vingtaine de personnes se réunissent pendant une durée déterminée (2-3 jours)

pour participer à des travaux informatiques à partir des données des organismes de Sécurité sociale. ; une fois les travaux arrêtés, les meilleures solutions sont retenues.

Il note que l'organisation d'un tel évènement est difficile au regard du droit de la commande publique.

Maître SABATTIER s'interroge sur la possibilité de qualifier cette pratique de « sourcing ».

Mme DOAL considère qu'il s'agit plus d'un concours aboutissant à la remise d'un prix : c'est un marathon des hackers.

Mme HAGNERE complète ces propos en indiquant que la mise à disposition de données a été utilisée pour un hackathon sur le thème « Bien vivre avec le diabète ».

Elle explique que plusieurs phases avaient été organisées : sélection de candidatures, travail sur 2-3 jours, rendu final, sélection de projets, travail d'approfondissement avec une personne de la sphère publique, choix final, remise d'un prix de plusieurs milliers d'euros.

M. ROSSI relève que la question de la propriété des études réalisées est également difficile, surtout s'il s'agit de co-construction.

En réponse à la question de **M. BLARD** sur la publicité, **Mme HAGNERE** précise qu'en amont de l'organisation d'un hackathon, une publicité est effectuée sur internet et un règlement rédigé.

M. DURAFFOURG propose de se rapprocher des ARS qui doivent probablement suivre la même démarche.

Mme SAIDANI évoque la possibilité de recourir à des auditions ainsi qu'à la remise de prototypes dans le cadre d'une procédure classique de marché public.

M. BLARD présente le contenu de la note rédigée pour cette réunion sur les marchés publics et l'innovation.(Cf. annexe).

Mme LE GUENNEC évoque le monde de la prévention sanitaire dans lequel des marchés sont passés et où des subventions sont octroyées à des associations sur des projets.

Elle se demande s'il est alors question d'une aide d'état au sens de la réglementation européenne.

Elle en rappelle la définition : il s'agit d'une aide accordée par un État, sous une forme qui importe peu (subvention, prêt, dispense de taxe...), qui menace de fausser la concurrence, et qui favorise certaines entreprises ou certaines productions. Elle note qu'une analyse au cas par cas est le plus souvent nécessaire.

M. MARTIN observe que, dans le privé, toutes ces démarches d'innovation se traduisent par le rachat de la start-up. Il se demande comment les OSS doivent procéder pour avoir l'usage de la solution.

M. DURAFFOURG propose de clore les débats.

Mme SYMPHORIEN présente les prochaines échéances du groupe de travail :

- rédaction d'un relevé de décisions transmis à l'ensemble des participants dans un délai de 2 à 3 semaines ;
- prise en compte des observations et remarques ;
- création d'un groupe privé sur le réseau social U Achat permettant d'avoir un cadre interactif d'échanges (mise en commun du relevé de décision, de toute documentation sur le sujet etc. ...) ;
- sollicitation de Maître SABATTIER pour l'élaboration d'un document de synthèse qui pourrait comporter une partie relative aux dispositifs juridiques existants avec des points d'attention sur les problématiques de propriété intellectuelle ;
- organisation d'une prochaine réunion en janvier 2018 ;
- fin des travaux du groupe en février/mars 2018.

Innovation et marchés publics (Annexe)

La phase de développement d'une innovation est un moment de fragilité pour l'entreprise et la mise en place d'une solution innovante dans les processus internes peut également fragiliser la personne publique, le temps que le procédé entre dans les habitudes, ou le temps que les gains différés, y compris financiers, se fassent ressentir. La prise en compte de ces risques suppose de développer, plus qu'une relation entre client et prestataire, une gestion partenariale de la relation contractuelle avec les opérateurs économiques innovants.

Qu'est-ce que l'innovation ?

Il existe une pluralité de définitions.

L'article 2 de la directive européenne sur les marchés publics 2014/24/UE du 26 février 2014 définit l'innovation comme « *la 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.* »

Pour le Ministère de la recherche, l'innovation c'est la mise en œuvre, par une entreprise, une association, une institution publique, d'un produit, d'un procédé ou d'un service nouveau.

Pour l'OCDE, l'innovation se définit comme l'ensemble des démarches scientifiques, technologiques, organisationnelles, financières et commerciales qui aboutissent à la réalisation de produits ou procédés technologiquement nouveaux ou améliorés.

Pourquoi recourir à l'innovation ?

L'innovation peut constituer un levier pour dynamiser l'activité et créer de la croissance à moyen terme.

La prise en compte de l'innovation dans l'achat public est une démarche gagnant-gagnant.

En stimulant l'innovation, la demande publique permet de faire grandir les entreprises innovantes, qui en retour, offrent aux collectivités publiques les moyens d'améliorer le service rendu.

Comment créer les conditions favorables à la prise en compte de solutions innovantes ?

Stimuler l'innovation par la commande publique revient à faciliter l'accès à l'innovation, dans les domaines où le besoin d'innovation est identifié, et à ne pas bloquer la réponse innovante dans les domaines d'achats plus routiniers.

Pour cela, il convient de :

- rapprocher la fonction achat et les services opérationnels ;
- faciliter les relations entre les responsables de l'achat et les opérateurs économiques ;
- connaître les marchés économiques.

La connaissance du marché est le préalable indispensable à tout achat innovant.

L'organisation d'une veille active et la diffusion de cette information permettent, sur les segments d'achats considérés comme à forte évolution, ou sur lesquels des évolutions ou gains sont attendus (économies, nouveaux besoins, procédés obsolètes à renouveler), de cerner l'offre des opérateurs économiques, l'état de la concurrence, la capacité d'innovation du secteur étape préalable au lancement de la procédure.

Les salons, colloques, revues spécialisées, forums, sites internet institutionnels, sites internet des entreprises, organisations professionnelles sont des mines d'informations en la matière.

Les chambres de commerce et d'industrie, les pôles de compétitivité, les DIRRECTE peuvent assister l'acheteur dans ses recherches.

Capoter l'innovation passe par une démarche active, associant acheteurs et prescripteurs ou services opérationnels, et permettant de repérer les solutions innovantes.

Pour démarcher les personnes publiques, les opérateurs ont besoin d'un point de contact facilement accessible et permettant de prospecter directement le service adéquat. Il peut s'agir d'un espace dédié sur le site internet institutionnel (ou le profil d'acheteur) de l'organisme public, ou d'un interlocuteur identifié à contacter.

Dans tous les cas, il est préférable d'organiser l'accueil de ces démarches spontanées de manière à ce que chacun, acheteur, service opérationnel et opérateur économique, puisse identifier rapidement les opportunités du marché.

Le sourçage (reconnu à l'article 4 du décret n°2016-360) ou la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs est une démarche active pour repérer dans un domaine donné, des procédés émergents ou innovants.

Plus sophistiqués et nécessitant une architecture de suivi importante, les systèmes ouverts et collaboratifs (open source) permettent de solliciter et de recueillir des remarques, idées et procédés innovants auprès de toutes sources.

Quels sont les freins à la participation des entreprises innovantes aux consultations ?

Identifier ces freins permet de définir des pistes de simplification et d'amélioration de l'accès des entreprises innovantes aux marchés.

Ces freins correspondent à ceux que rencontrent les PME :

- des critères de sélection des candidatures trop lourds, qui empêchent leur participation à certaines procédures ;
- un manque de temps et de ressources pour répondre aux procédures ;
- une difficulté à identifier les sources de publication ;
- une difficulté à trouver des partenaires pour répondre en groupement ;
- une difficulté à fournir les pièces exigées au stade de la candidature.

Comment ouvrir les consultations aux solutions innovantes ?

En adaptant le périmètre des lots :

En vertu de l'article 32 de l'ordonnance n°2015-899, l'allotissement est la règle et le marché global l'exception.

Pour capter l'attention des entreprises innovantes, souvent très spécialisées, et leur donner la possibilité de répondre aux consultations, il convient certes d'allotir, mais surtout, d'adapter le périmètre des marchés aux capacités des entreprises innovantes susceptibles d'y participer.

Cette adaptation passe par une segmentation affinée du périmètre des lots, établie grâce aux informations recueillies en amont sur la structure du segment d'achat, de manière à optimiser l'accessibilité du marché, et à favoriser la concurrence la plus large possible.

En définissant ses besoins sous la forme fonctionnelle :

La définition de ses besoins par l'acheteur est une étape nécessaire et une obligation réglementaire (cf. article 30 de l'ordonnance n°2015-899).

Pour exprimer le besoin les acheteurs ont deux possibilités : exprimer le besoin sous la forme de spécifications techniques, précises, détaillant la prestation ou sous la forme de performances, d'exigences fonctionnelles décrivant le résultat à atteindre, sans précision des moyens et procédés pour y parvenir.

En matière d'innovation, il est préférable de recourir à des cahiers des charges fonctionnels.

Les cahiers des charges peuvent toutefois combiner exigences fonctionnelles, performances et spécifications techniques plus précises dans la mesure où ces précisions et exigences plus détaillées ne nuisent pas à la participation des entreprises innovantes que l'on souhaite attirer.

En autorisant les variantes et en accroissant leur utilisation :

Le régime des variantes est fixé à l'article 58 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

Les variantes permettent aux candidats de proposer à l'acheteur une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges pour effectuer les prestations du marché. Elles permettent ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation.

Pour rassurer les entreprises sur le fait que leurs propositions seront valablement examinées, il convient de prévoir, à l'avance, le traitement des variantes et d'encadrer leur présentation dans les documents de la consultation :

- en autorisant explicitement les variantes dans les documents de la consultation (quel que soit le régime d'autorisation implicite ou explicite auquel les soumet la procédure) ;
- en fixant, comme l'exige l'article 58 précité, les exigences minimales attendues ;
- en suggérant les éléments sur lesquels elles sont le plus attendues ;

- en fléchant les variantes dans la trame du mémoire technique.

En fixant des critères d'attribution permettant de susciter et de valoriser les procédés innovants :

L'objectif est de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui exclut les consultations fondées sur le seul critère du prix. Les critères choisis doivent être objectifs, opérationnels et liés à l'objet du marché.

L'article 62 du décret n°2016-360 fixe une liste non exhaustive de critères pouvant être utilisés pour examiner les offres.

Y figurent notamment la qualité, les performances en matière de protection de l'environnement, le caractère innovant, l'interopérabilité...

Mis à part le cas des marchés de haute technologie, il n'est pas aisé de lier le caractère innovant à l'objet du marché.

Cependant, lorsque la dimension innovante peut être intégrée à la définition et à l'expression du besoin, le critère innovant pourrait être utilisé

Quelles procédures mettre en place ?

Aucune procédure de passation d'un marché n'interdit, a priori, la prise en compte d'une réponse innovante.

Les règles de passation ne constituent en elles-mêmes ni un frein ni une incitation à la prise en compte de solutions innovantes.

Deux types d'achats innovants peuvent être distingués :

- le produit ou le procédé existe et permet de répondre au besoin moyennant une adaptation : dans ce cas l'achat est un marché public classique ;
- le produit ou le procédé n'existe pas : il s'agit alors d'un achat d'innovation. Il est alors possible à la personne publique de le codévelopper avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Le dialogue compétitif :

Cette procédure offre des possibilités importantes pour la recherche et l'innovation.

L'article 75 du décret n°2016-360 le définit comme « *la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.* »

Lorsqu'il utilise le dialogue compétitif, un acheteur sait qu'il existe des solutions sur le marché qui sont susceptibles de répondre à ses besoins, mais il est incapable de les identifier seul.

L'avantage de cette procédure est de permettre de définir avec les candidats, dans un cadre normé, la meilleure réponse au besoin.

Le concours :

La raison d'être du concours est de stimuler la créativité.

Le concours est défini à l'article 8 de l'ordonnance n°2015-899 comme « *un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données.* »

Les mesures dédiées à l'achat d'innovation :

- L'exclusion de l'achat de services de R&D du droit de la commande publique

L'ordonnance n°2015-899 mentionne les achats de services de recherche et développement pour les écarter de son champ d'application, au 3° de l'article 14.

Un marché de services portant sur des projets de R&D sans prolongement industriel direct peut être passés de gré à gré si l'une de ces deux conditions est remplie :

- l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ;
- l'acheteur ne finance pas entièrement la prestation.

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 achats publics avant commercialisation (APAC) et achats publics de solutions innovantes

La Commission européenne a développé le concept de « pre-commercial procurement » ou achat public avant commercialisation (APAC), à partir de la directive 2004/18/CE.

Le dispositif repose sur un développement par phase :

- la personne publique lance un appel à projet pour la réalisation d'une étude de faisabilité ;
- elle retient plusieurs opérateurs et les rémunère pour la réalisation de services de R&D ;
- en fonction des résultats atteints, elle peut commander à certaines entreprises un prototype ;
- elle commande la réalisation d'une série expérimentale, pour permettre la vérification de la production en série.

La personne publique n'achète pas les droits de propriété intellectuelle. De ce fait, l'entreprise qui aura développé le produit reste propriétaire des droits et, par conséquent, libre de commercialiser le procédé. La personne publique minore ainsi le coût de l'opération, qui reste attractive pour l'entreprise.

Enfin, à condition que le prix payé par la personne publique pour l'acquisition du service de R&D soit celui du marché et qu'un minimum de mise en concurrence soit exercé, le recours ne constitue pas une aide d'Etat prohibée par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.²⁴

Le dispositif de l'APAC est distinct de la phase commerciale. Servant principalement à fournir à la personne publique des éléments lui permettant de choisir une solution optimale, le dispositif ne peut déboucher sur la garantie que les produits que les entreprises auront développés dans le cadre de l'APAC seront bien, une fois commercialisés, achetés par la personne publique.

En effet, pour l'acquisition de services, produits ou travaux arrivés au stade commercial de leur développement, les règles de la commande publique s'appliquent et il est obligatoire qu'une mise en concurrence ouverte soit effectuée par l'acheteur public.

L'achat de produits parvenus au stade de développement commercial et de la mise sur le marché correspond au « public procurement of innovation » (PPI) ou achat public de solutions innovantes.

- Les marchés à tranches optionnelles

Ces marchés (article 77 du décret n°2016-360) permettent d'assurer à l'entreprise titulaire du marché, et qui effectue les études, la certitude de réaliser les prestations afférentes à chaque tranche dès lors que l'acheteur décide de poursuivre l'exécution.

Pour sa part, l'acheteur peut décider de ne pas poursuivre le contrat, si les résultats de la tranche précédente ne sont pas probants.

Ce type de procédé ne peut se concevoir, que sur la base d'une idée originale de la personne publique, qui va rechercher un prestataire pour assurer le développement du produit, chaque étape restant maîtrisée par la personne publique.

- Les marchés passés selon une procédure adaptée

Certains acheteurs privilégient, après mise en concurrence, des marchés passés en procédure adaptée (article 27 du décret n°2016-360) sur de petites quantités achetées, permettant de tester tant le produit, que la capacité de production de l'entreprise qui le propose.

Il n'y a cependant pas de réponse prédéfinie aux difficultés que peut poser aux entreprises la remise en concurrence à l'issue du processus de R&D.

- La procédure concurrentielle avec négociation

Cette procédure est définie à l'article 71 du décret n°2016-360 comme « *la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations* ».

Les cas dans lesquels l'acheteur peut y recourir au-delà des seuils européens correspondent à ceux autorisant l'utilisation d'un dialogue compétitif. Ils sont fixés limitativement à l'article 25 du même décret.

²⁴ L'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'UE dispose que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

Y figurent notamment :

- les cas où le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- les cas où le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise
- Lorsque le marché public comporte des prestations de conception;

• Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable

Les cas dans lesquels l'acheteur peut y recourir sont fixés à l'article 30 du décret n°2016-360.

Le 3° permet le recours à cette procédure « *lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :*

a) *Le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;*

b) *Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;*

c) *La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public. »*

• Le partenariat d'innovation

Issu de la directive 2014/24/UE, le partenariat d'innovation est prévu aux articles 94 et suivants du décret n°2016-360 du 25 mars 2016. Il s'agit d'un nouveau type de marché public.

Il a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation.

Il vise à pallier les difficultés structurelles des marchés de recherche et développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat.

Il doit permettre aux acheteurs de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R&D et l'achat de produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Ce sont des marchés publics qui ont pour objet la R&D ainsi que l'acquisition de la solution innovante qui en résulte. Lorsqu'il décide de passer un partenariat d'innovation, l'acheteur public a procédé à une étude précise du marché et a la certitude que son besoin ne peut être satisfait par une solution disponible sur le marché.

Avec ce type de marché, le défaut structurel des APAC et des marchés de R&D disparaît : l'acquisition des solutions innovantes peut se faire sans remise en concurrence. La prise de risques de l'opérateur économique est réduite à la question de l'atteinte des objectifs dans la phase R&D, tels que définis en commun avec l'acheteur de manière négociée, lors de la mise en concurrence.

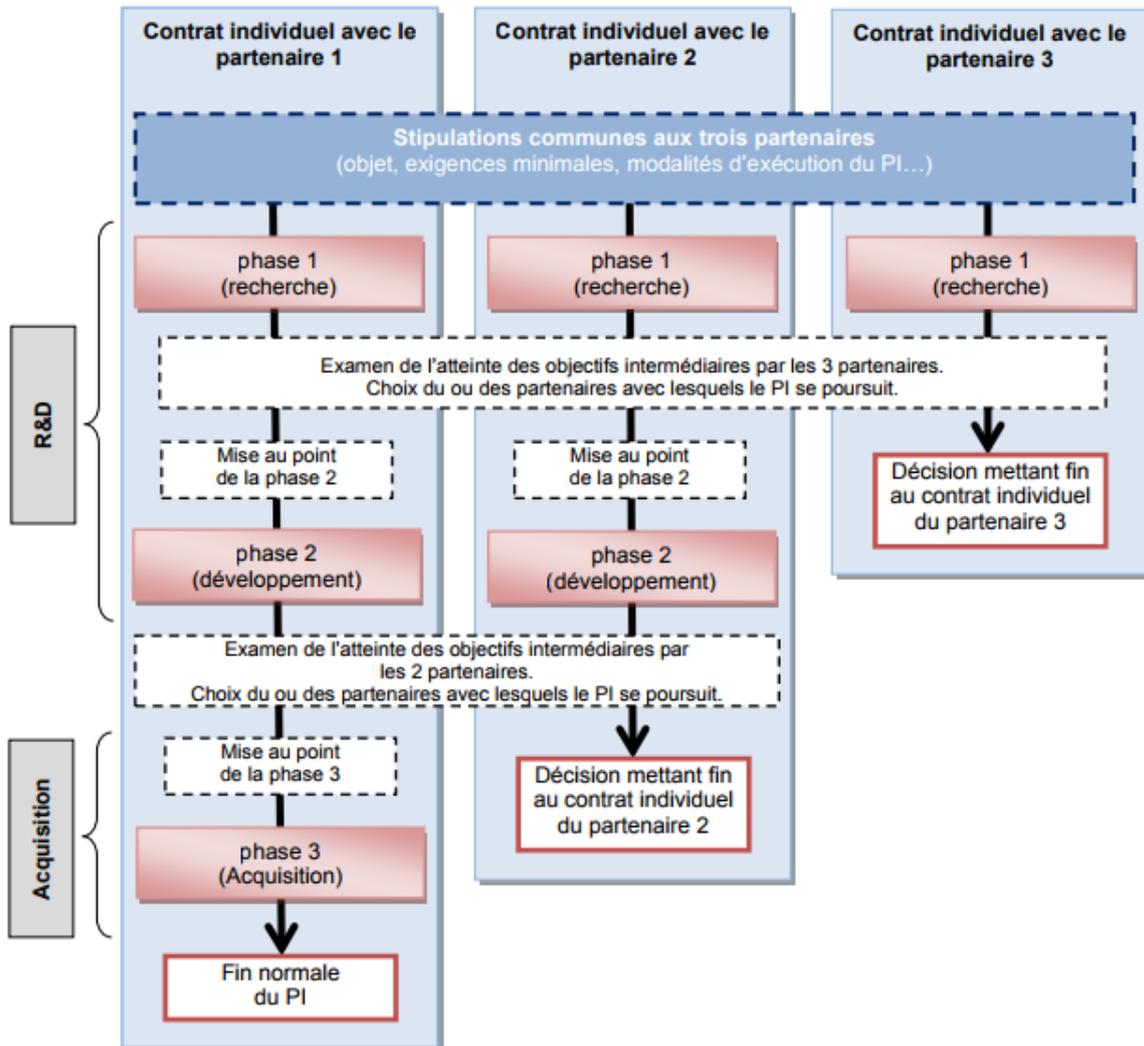
Un partenariat d'innovation ne peut être conclu qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre au besoin de l'acheteur.

L'acheteur peut s'il le souhaite et à condition qu'il l'indique dans les documents de la consultation, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

Les négociations peuvent porter sur tous les aspects des contrats, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution. Elles peuvent ainsi porter sur les aspects techniques ou bien encore sur la répartition des droits de propriété intellectuelle.

Le partenariat d'innovation est structuré en plusieurs phases. Celles-ci sont au minimum de deux afin de couvrir, d'une part, le déroulement du processus de recherche et développement, et d'autre part, l'acquisition de la solution qui en résulte.

Présentation schématique de l'exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec 3 partenaires



Définitions :

- Achat public innovant :

Pour la Direction Générale entreprise et industrie de la Commission européenne, on entend par innovation le transfert réussi d'une idée à sa réalisation sur le marché. Les achats d'innovation se classent ainsi en deux grandes familles :

- . les achats commerciaux qui consistent à faire évoluer un produit déjà existant ;
- . les achats pré-commerciaux de R&D ou pre-commercial procurement (APAC), qui consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype avec ou sans la vente d'un produit à la clé.

Pour la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services du Ministère de l'économie et des finances, les achats innovants sont les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant. Les achats de R&D ayant pour objet de favoriser l'émergence de solutions qui n'existaient pas sur le marché sont également pris en compte. Les achats de produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation. Ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans, et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.

- Open innovation (innovation ouverte):

Dans les domaines de la recherche et du développement, ce terme désigne des modes d'innovation fondés sur le partage, la collaboration (entre parties prenantes). Cette approche est compatible avec une économie de marché (via les brevets et licences) et avec l'Intelligence économique, et permet des approches alternatives éthiques ou solidaires (économie solidaire) de partage libre des savoirs et savoir-faire modernes ou traditionnels, avec notamment l'utilisation de *licences libres* dans un esprit dit *ODOSOS* (qui signifie : *Open Data, Open Source, Open Standards*). Selon les cas, l'approche peut donc apparaître altruiste ou au contraire comme un moyen de distribuer (concours) ou de partager (partenariat) le risque et l'investissement vers l'extérieur d'une organisation.

- Start-up :

D'après le Larousse, une start-up est une « *jeune entreprise innovante, dans le secteur des nouvelles technologies* ».

D'après Patrick Fridenson, historien des entreprises, une start-up se caractérise par quatre critères :

- . une forte croissance potentielle
- . utiliser une technologie nouvelle
- . avoir un besoin de financement massif
- . être sur marché nouveau dont le risque est difficile à évaluer.

- R&D :

Selon l'INSEE, ce terme englobe les travaux de création entrepris de façon systématique en vue d'accroître la somme des connaissances, y compris la connaissance de l'homme, de la culture et de la société, ainsi que l'utilisation de cette somme de connaissances pour de nouvelles applications.

- Pôles de compétitivité :

D'après l'article 24 de la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004 qui les a institués, les pôles de compétitivité sont constitués par le regroupement sur un même territoire d'entreprises, d'établissements d'enseignement supérieur et d'organismes de recherche publics ou privés qui ont vocation à travailler en synergie pour mettre en œuvre des projets de développement économique pour l'innovation.

- DIRECCTE :

Ce sont les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Elles regroupent des services administratifs issus de divers horizons : commerce extérieur, tourisme, commerce et artisanat, intelligence économique, industrie, travail et emploi, concurrence et consommation. Ce sont les interlocuteurs privilégiés des entreprises auprès desquelles elles exercent notamment les compétences suivantes : le développement économique local, le soutien aux filières, le support aux pôles de compétitivité, l'animation des acteurs du service public de l'emploi, la coopération avec les collectivités territoriales et d'autres services de l'état .

- POC :

Une preuve de concept ou POC (de l'anglais : *proof of concept*) - ou encore démonstration de faisabilité - est une réalisation expérimentale concrète et préliminaire, courte ou incomplète, illustrant une certaine méthode ou idée afin d'en démontrer la faisabilité. Située très en amont dans le processus de développement d'un produit ou d'un process nouveau, la preuve de concept est habituellement considérée comme une étape importante sur la voie d'un prototype pleinement fonctionnel.

Innovation et marchés publics

PROCES-VERBAL DE LA REUNION DU 22 JANVIER 2018

Etaients présents :

M. BLARD, juriste - Secrétariat de la CCMOSS - UCANSS
M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS

Mme SAIDANI, juriste - Département des affaires juridiques - CCMSA

Mme BLOT, responsable politique achats, affaires juridiques et commande publique – Secrétariat général CNAF
Mme DOAL, Directrice de l'innovation (en charge du CafLab) - CNAF
M. BASTARD, responsable des achats nationaux - CNAF

Mme HAGNERE, juriste - Pôle prestations intellectuelles - Département juridique - CNAM
Mme LE GUENNEC, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique - CNAM
M. DUMARCAY, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique - CNAM

M. PRIOU, responsable Expertise achats Informatiques DSI - CNAV
Mme PARLANGE, Directrice INNOVATION - CNAV

Mme DEYMARD, Directrice - Direction de l'Intelligence Numérique - UCANSS
M. FERRARIS, Directeur – Direction des achats, de l'immobilier et du développement durable - UCANSS
M. MARTIN, Chargé de mission numérique - UCANSS

Mme GOUBERT-JAMBERT, membre CCMOSS - Secrétariat général - Ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire

M. TIRGOUINE, membre CCMOSS – Caisse Nationale Déléguée Sécurité sociale des Indépendants

Maître SABATTIER, Avocat associé – Cabinet Peyrical et Sabattier

Excusés

M. ROSSI, Sous-directeur - Sous-direction des Affaires juridiques - ACOSS
M. FLINT D'AURIAC, Responsable - Département des affaires juridiques – CCMSA
M. DE MUNCK, responsable - Département Conseil Juridique et Assistance CNAV
M. SIMANTOV - Bureau 4C Système d'information des organismes de sécurité sociale et réglementation des traitements de données à caractère personnel – Direction de la Sécurité sociale

M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS, ouvre la réunion.

L'ensemble des personnes présentes approuvent le compte rendu de la réunion du 23 octobre 2018.

M. DURAFFOURG insiste sur le fait que les travaux issus de ce groupe doivent réellement être utiles aux organismes de Sécurité sociale.

Il propose un tour de table des différents participants.

M. BLARD rappelle qu'il est chargé de l'animation de ce groupe de travail et présente les excuses de **M. ROSSI** qui ne peut être présent malgré l'intérêt qu'il porte au sujet.

Mme HAGNERE, Mme LEGUENNEC et M. DUMARCAY expliquent que la CNAM recourt à des appels à projets et évoquent deux exemples : le mois sans tabac et la prescription médicale dématérialisée.

Pour sa part, **M. PRIOU** de la CNAV, s'interroge sur les outils pouvant être utilisés pour atteindre les entreprises de petites tailles (PME, start-up...).

Il indique que **M. DE MUNCK** membre de la CCMOSS, s'excuse de ne pas être présent.

Mme SAIDANI, pour la CCMSA, signale que la principale problématique qu'elle rencontre est celle des subventions.

Elle présente également les excuses de **M. FLINT D'AURIAC** qui n'a pu se libérer.

M. BASTARD, membre de la CCMOSS, rappelle qu'un produit innovant est un produit nouveau ou sensiblement amélioré.

Il évoque également le programme action publique 2022 dont les 5 chantiers sont :

- La simplification et qualité de services ;
- La transformation numérique ;
- La rénovation du cadre RH ;
- L'organisation territoriale des services publics ;
- La modernisation de la gestion budgétaire et comptable.

Mme DEYMARD, en charge de la direction de l'intelligence numérique de l'UCANSS insiste sur le fait que, dans le cadre d'une démarche de modernisation, il convient de travailler plus avec les petites entreprises.

M. FERRARIS rappelle son rôle de passerelle entre la CNAF et le secrétariat de la CCMOSS, placé sous sa responsabilité.

Mme BLOT, de la CNAF, évoque l'exemple des Universités et du CNRS, lesquels recourent régulièrement à des achats innovants.

M. TIRGOUINE, de la Caisse Nationale Déléguée de la Sécurité sociale des Indépendants, estime que l'un des enjeux en matière d'innovation est effectivement de pouvoir contractualiser avec des structures de petite taille.

Mme PARLANGE, de la CNAV, indique avoir beaucoup échangé sur tous ces sujets avec EDF qui recourt souvent à des POC.

Mme DOAL insiste sur la nécessité pour les donneurs d'ordre publics d'être des acteurs économiques responsables en aidant les petites structures à grandir et en veillant à ne pas être leurs seuls clients.

M. MARTIN cite l'exemple des petites entreprises de communication dont l'existence même dépendait parfois d'une caisse de Sécurité sociale qui était leur seul client.

Mme GOUBERT-JAMBERT, membre de la CCMOSS et représentante du ministre en charge de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire rappelle son intérêt pour ces problématiques.

M. BLARD fait une synthèse des échanges qu'il a eus avec M. CHAPUIS, Directeur de l'Expérience utilisateur et du Digital et Mme LABORIE, Directrice adjointe des affaires juridiques, de Pôle Emploi.

Il indique que Pôle Emploi est confronté aux mêmes problématiques que les OSS pour concilier innovation et achat public.

Il précise que Pôle Emploi a recourt à des hackathons, sortes de concours donnant lieu à l'attribution d'un prix sous forme de moyens techniques mis à disposition.

Il évoque un challenge intitulé « *Réinventez la manière de présenter les candidats à l'emploi* » pour lequel une publicité a été réalisée, un règlement fixant les étapes de déroulement du challenge établi et une convention répartissant en amont les droits de propriété rédigée.

Il insiste sur le fait que, dans ce type d'opérations, seules des données en open data sont confiées aux concurrents.

Il ajoute également que Pôle Emploi recourt à des POC mais n'a pas encore expérimenté la procédure du partenariat d'innovation.

Il conclut en précisant que Pôle Emploi n'a pas toujours, de certitudes juridiques, sur la procédure à mettre en œuvre.

Maître SABATTIER, qui a été sollicitée pour accompagner le secrétariat de la CCMOSS sur les problèmes juridiques que soulèvent les achats innovants, insiste sur le fait qu'il s'agit d'un sujet particulièrement complexe car à la marge de plusieurs droits.

Elle présente le projet de guide innovation et marchés publics qu'elle a rédigé.

Celui-ci comprend 3 parties :

- L'adaptation des outils classiques de la commande publique pour favoriser l'achat de solutions innovantes ;
- Les procédures favorisant un achat innovant ;
- Les spécificités en matière de propriété intellectuelle de l'achat de développement de logiciels.

Elle indique que dans la première partie sont évoqués le sourcing et sa mise en œuvre, la définition fonctionnelle des besoins, l'allotissement, les variantes techniques, les critères d'attribution et les marchés à tranches.

Elle précise que la deuxième partie porte sur les procédures permettant un échange avec les entreprises innovantes (procédure adaptée, PCN, dialogue compétitif, concours, marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence) et les procédures dédiées aux solutions innovantes (l'exclusion de l'achat de services de recherche et de développement (R&D), l'appel à projets et le partenariat d'innovation).

Elle insiste sur le fait que le recours à une PCN ou au dialogue compétitif doit être systématiquement motivé et que les hackathons sont juridiquement assimilables à des concours.

Elle rappelle la distinction entre la commande publique qui a pour but de répondre à un besoin de l'organisme et les appels à projets donnant lieu aux versements de subventions et où des structures sollicitent un financement.

Les deux critères permettant de distinguer marchés publics et subventions sont :

- L'initiative du projet ;
- L'absence de contrepartie aux subventions.

Mme HAGNERE soulève l'hypothèse dans laquelle l'organisme de Sécurité sociale souhaite acquérir la solution technique qui a émergé grâce à la subvention versée.

Maître SABATTIER souligne le caractère très théorique de ce cas et estime qu'il conviendrait de faire alors application du droit de la commande en veillant à assurer une égalité de traitement entre les candidats.

M. DURAFFOURG souhaite que soit évoqué le cas des « appels à projets » organisés par les Caisses Nationales pour identifier clairement les procédures utilisées qui semblent se distinguer de l'objet de ce groupe de travail.

Maître SABATTIER indique que, dans un tel cas, il pourrait s'agir de « sourçage » auprès des personnes compétentes..

Elle insiste sur le fait que le partenariat d'innovation permet de combiner la phase de R&D et d'achat avec un partenaire unique. Néanmoins, il y a actuellement, très peu de recul sur cette procédure

Enfin, Maître SABATTIER, indique que la troisième partie du projet de guide, qui est consacrée aux spécificités en matière de propriété intellectuelle de l'achat de développement de logiciels, comprend un clausier.

En effet, elle explique que dans les marchés publics, il ne suffit pas de renvoyer à une option en droit de la propriété intellectuelle . Des clauses de propriété intellectuelle doivent être rédigées systématiquement.

Mme DOAL demande si les règles de propriété intellectuelle applicable aux entreprises extérieures trouvent aussi à s'appliquer aux salariés de l'OSS.

Maître SABATTIER estime que, si la tâche à réaliser ne figure pas dans leur fiche de poste, ces règles devraient s'appliquer.

Elle indique toutefois que cette question doit être posée à chaque cas d'espèce.

M. DURAFFOURG indique qu'une prochaine réunion sera organisée en mars.

M. BLARD précise aux membres du groupe que la version dématérialisée du projet de guide sera transmise avec le compte-rendu de la réunion.

Il informe les membres du groupe de travail que les commentaires sur le projet de guide pourront lui être transmis et qu'il se chargera de les faire suivre à Maître SABATTIER.

Innovation et marchés publics

PROCES-VERBAL DE LA REUNION DU 26 MARS 2018

Etaient présents :

M. BLARD, juriste - Secrétariat de la CCMOSS – UCANSS

Mme SYMPHORIEN, responsable - Secrétariat de la CCMOSS - UCANSS

M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS

Mme CAPRON-APARICI, responsable département droit public/commande publique et nouvelles technologies
- Sous-direction des Affaires juridiques - ACOSS

Mme DOAL, Directrice de l'innovation (en charge du CafLab) - CNAF

M. DUMARCAY, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique - CNAM

M. DE MUNCK, responsable - Département Conseil Juridique et Assistance CNAV

M. FERRARIS, Directeur – Direction des achats, de l'immobilier et du développement durable - UCANSS

M. MARTIN, Chargé de mission numérique - UCANSS

M. ROUQUETTE, membre CCMOSS - Secrétariat général - Ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire

M. TIRGOUINE, membre CCMOSS – Caisse Nationale Déléguée Sécurité sociale des Indépendants

M. SIMANTOV - Bureau 4C Système d'information des organismes de sécurité sociale et réglementation des traitements de données à caractère personnel – Direction de la Sécurité sociale

Maître SABATTIER, Avocat associé – Cabinet Peyrical et Sabattier

Mme BOUSSETTA, DAE – Ministère de l'Economie et des Finances

Excusés

Mme DEYMARD, Directrice - Direction de l'Intelligence Numérique - UCANSS

Mme MONSAURET, responsable pôle MOA Transverses – Direction de la Maîtrise d'ouvrage - CNAV

Mme HAGNERE, juriste - Pôle prestations intellectuelles - Département juridique - CNAM

Mme LE GUENNEC, juriste - Pôle sécurisation des achats - Département juridique - CNAM

M. BASTARD, responsable des achats nationaux – CNAF

M. ROSSI, Sous-directeur - Sous-direction des Affaires juridiques - ACOSS

M. PRIOU, responsable Expertise achats Informatiques DSI - CNAV

M. DURAFFOURG, Président de la CCMOSS, ouvre la réunion.

M. BLARD, chargé de l'animation de ce groupe de travail, invite les différentes personnes réunies à se présenter.

Mme BOUSSETTA de la Direction des Achats de l'Etat, précise avoir notamment pour mission de faire monter en compétences les acheteurs publics dans le domaine de l'achat d'innovations.

Elle indique avoir œuvré préalablement au RESAH.

Mme SYMPHORIEN, M. DUMARCAY, Mme CAPRON-APARICI, M. DE MUNCK, M. FERRARIS, M. ROUQUETTE, M.SIMANTOV, Maître SABATTIER, M. TIRGOUINE et Mme DOAL se présentent à leur tour.

M. BLARD invite **Mme BOUSSETTA** à présenter les bonnes pratiques à mettre en œuvre, selon elle, en matière d'achat d'innovation.

Mme BOUSSETTA explique qu'il est nécessaire de se doter d'outils permettant d'effectuer un sourcing de qualité. A cet effet, elle indique que la DAE a mis en place une plateforme consacrée aux achats innovants et en présente le fonctionnement :

- lorsqu'un achat innovant est pressenti, un appel à compétences est publié sur le site. Celui-ci mentionne les objectifs à atteindre en termes de performances ;
- les entreprises intéressées remplissent un formulaire type dans lequel elles se présentent, décrivent leur solution et leur situation dans l'écosystème de l'innovation (incubateurs, clusters...);
- des rencontres sont ensuite organisées avec les entreprises les plus intéressantes : elles se font toutes sur la base d'un guide d'entretien spécifique.

Elle indique que la finalité de ces rencontres est d'aider à la construction du cahier des charges.

Mme BOUSSETTA insiste sur le caractère indispensable du sourcing : il permet de communiquer avec l'écosystème de l'innovation et d'être visible de ses acteurs.

Mme BOUSSETTA souligne par ailleurs la nécessité d'accompagner la professionnalisation des acheteurs et de les valoriser. Elle a ainsi observé que, par exemple, décrire ses besoins en termes de problèmes ou d'objectifs n'est pas toujours aisé.

Elle insiste sur l'utilité de recourir parfois à des procédures d'achats considérées comme « *exotiques* », les acheteurs étant en général frileux à l'idée d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif ou le partenariat d'innovation.

Elle souligne également l'importance d'user de bonnes pratiques en matière financière tant pour les avances que pour les acomptes.

Mme BOUSSETTA ajoute que la DAE a mis en place une bourse à la cotraitance afin de favoriser les groupements momentanés d'entreprises.

Elle indique que ce dispositif rencontre un vrai succès.

Elle souligne l'intérêt de disposer d'un réseau de « référents innovation », personnes chargées de porter l'innovation dans leur structure et de partager leurs pratiques.

Elle évoque également la nécessité de réfléchir systématiquement à l'allotissement retenu, à la programmation des achats, et à la faculté laissée aux entreprises de présenter des « équivalents ».

Mme BOUSSETTA se dit convaincue de la légitimité, au sein des structures, de la fonction achats car elle est créatrice de valeur.

Elle insiste enfin, sur l'absolue nécessité de faire des acheteurs et des juristes de véritables partenaires.

Mme DOAL demande si la plateforme consacrée aux achats innovants de la DAE et son réseau de référents sont accessibles aux OSS.

Mme BOUSSETTA répond par l'affirmative

M. DURAFFOURG présente l'arrêté du 10 mai 2016 pris en application du décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'Etat et relatif à la gouvernance des achats de l'Etat qui vise l'UCANSS et les Caisses nationales de Sécurité sociale.

Mme BOUSSETTA rappelle que le sourcing ne doit jamais être réalisé dans la précipitation et informe les membres du groupe qu'un guide de la DEA consacré au sourcing est en cours de réalisation.

Maître SABATTIER souligne que le sourcing doit se faire en continu tout au long de l'année et pas seulement lorsqu'un projet se précise.

Elle rappelle le principe de transparence et d'égalité de traitement des entreprises.

Elle demande ce que les entreprises doivent préciser pour se faire référencer quand elles répondent à un appel à compétences.

Mme BOUSSETTA indique que les éléments à fournir sont assez généraux : il s'agit pour les entreprises de préciser dans quel écosystème de l'innovation elles se trouvent, d'indiquer si elles ont une expérience en matière de marchés publics, si la solution est commercialisée ou s'il s'agit d'un prototype...etc

En réponse à **Maître SABATTIER** sur le fonctionnement de la bourse à la cotraitance, **Mme BOUSSETTA** indique qu'il s'agit d'un site de rencontres pour entreprises.

Maître SABATTIER s'interroge sur la vulnérabilité des petites entreprises par rapport aux structures de plus grande taille.

Mme BOUSSETTA précise que la DAE invite systématiquement les PME à se faire accompagner.

M. SIMANTOV précise que le futur schéma stratégique des systèmes d'information de la sécurité sociale (SSSI), conçu en lien avec les OSS, positionne une thématique « Partager les pratiques d'achat innovant » identifiant le besoin des OSS de rechercher et de référencer des fournisseurs à potentiel d'innovation tout en améliorant leur visibilité dans l'écosystème d'innovation. A cet effet, une des actions du SSSI vise à ce que la sphère sociale puisse avoir la possibilité d'utiliser les dispositifs existants (notamment : la plateforme consacrée aux achats innovants de la DAE).

Mme BOUSSETTA indique que la DAE veut simplement être un accélérateur et ne souhaite pas tout gérer de façon centralisée.

Elle précise :

- qu'un appel à compétences n'est publié que lorsqu'un projet est sur le point d'être lancé.
- et que sa durée est de 6 semaines.

Elle insiste sur la nécessaire acculturation des acheteurs à l'innovation : cela doit passer par des rencontres avec les starts up et les autres acteurs.

Elle rappelle que chaque achat d'innovation est spécifique, qu'il convient à chaque fois de s'interroger sur les pénalités, les règles en matière de droit de la propriété...

M. BLARD demande si la nouvelle procédure du partenariat d'innovation a déjà été expérimentée.

Mme BOUSSETTA indique qu'une pluralité d'acteurs publics ont déjà eu recours à cette procédure : le CNRS, l'ONF, VNF, la SNCF... et que d'autres sont sur le point d'y recourir comme le Ministère des Armées.

Elle note qu'il s'agit d'une procédure intéressante lorsque, malgré un sourcing, aucune solution correspondant au besoin n'a été identifiée.

Elle indique que le fait qu'il s'agisse de recherche et développement amène l'acheteur à s'interroger sur la propriété intellectuelle, la détermination du prix, l'apport réel du prestataire...

Elle précise qu'il faut, en toutes hypothèses, raisonner au cas par cas et souligne que, pour la SNCF par exemple, il s'agit de codéveloppement alors que ce n'est pas le cas pour le CNRS.

Elle note qu'une petite communauté de communes va recourir à cette procédure qui n'est donc pas réservée par principe aux structures importantes.

Elle exprime le souhait de voir la DAJ développer sa fiche sur le sujet car des questions se posent encore, notamment sur la négociation du prix.

M. BLARD demande à **Mme BOUSSETTA** d'éclairer le groupe sur les hackathons.

Mme BOUSSETTA précise que le Ministère des affaires étrangères y a souvent recours quand il souhaite déterminer la faisabilité d'une solution : des données sont mises à disposition, les candidats travaillent et produisent une maquette.

Elle indique qu'aucun prix n'est remis à l'issue de ces hackathons et insiste sur le fait qu'il s'agit plus que du simple sourcing

En réponse à **M. BLARD** qui souhaite avoir le retour de **Mme BOUSSETTA** sur les APAC, celle-ci précise que cette procédure est beaucoup utilisée en Europe mais pas en France.

Elle définit cette procédure comme un partenariat d'innovation ne comportant pas de volet « achat ».

Elle précise que l'APAC est surtout utilisé dans des pays, comme la Suède et la Norvège, dans lesquels le financement de l'innovation est piloté par une agence nationale, ce qui n'est pas le cas en France.

M. BLARD demande à **Mme BOUSSETTA** si elle préconise l'utilisation du critère du « caractère innovant ».

Elle indique que ce critère est très peu utilisé en pratique.

A sa connaissance, seul le Grand Paris l'a utilisé dans des domaines où un sourcing très fin a été réalisé et pour des raisons d'affichage.

Elle ne conseille cependant de ne pas y recourir en tant que tel. A son sens, il constitue un aspect de la valeur technique.

M. TIRGOUINE fait observer que le groupe a eu à discuter de la distinction « marchés publics » et « subventions ».

Mme BOUSSETTA précise que la réglementation en la matière est assez claire : les marchés publics répondent à un besoin de l'acheteur public ce qui n'est pas le cas des subventions.

Elle souligne que la DAE n'est pas confrontée à ces questions car elle n'a à connaître que des marchés publics.

En ce qui concerne les POC, elle conseille de recourir à un petit MAPA.

Elle précise qu'à l'issue d'un POC, si l'expérimentation est positive, un marché public avec mise en concurrence devra bien évidemment être passé.

D'une façon générale, elle conseille de recourir au droit de la commande publique en cas de doute.

En ce qui concerne le sourcing, elle insiste sur le fait qu'il ne faut pas l'orienter vers une solution unique : les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats doivent être respectés.

Elle note que la bourse à la cotraitance a permis d'augmenter la part des marchés attribués à des PME : le taux est aujourd'hui de 28%.

Mme DOAL, évoquant le projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance, demande si une réflexion est actuellement en cours dans les Ministères pour alléger la réglementation en matière de marchés publics.

Mme BOUSSETTA confirme qu'une réflexion est menée sur la possible hausse du seuil de 25 000 euros HT et sur l'exclusion des achats innovants du champ d'application des règles de la commande publique. Elle note toutefois, que cela ferait naître des risques de « saucissonnage » et des problèmes de qualification de ce qui est innovant : une agence devrait être créée à cette fin, à défaut, la question se règlera devant le juge. A son avis, cela n'aboutira pas notamment parce que se poseraient des questions d'ordre constitutionnel.

Elle note que le principal frein à l'innovation est l'absence de communication entre les acheteurs publics et les starts up.

Elle informe le groupe de travail que le rapport Villani consacré à l'intelligence artificielle comporte une partie consacrée à la commande publique.

M. BLARD demande si la DAE a mis en place des outils à destination des acheteurs en matière d'innovation.

Mme BOUSSETTA indique qu'un kit achat innovant a été créé en 2013 et qu'il sera mis à jour.

M. DURAFFOURG remercie **Mme BOUSSETTA** pour la qualité de son témoignage et pour ses précieuses recommandations.

Il souligne le manque de connaissance de la Sécurité sociale sur le monde de l'innovation et considère qu'il convient ,en la matière, de travailler en réseau et en coopération si possible avec la DAE comme semble le permettre l'arrêté du 10 mai 2016 créant la direction des achats de l'Etat et relatif à la gouvernance des achats de l'Etat.

M. BLARD remercie également **Mme BOUSSETTA** et les membres du groupe.

Il indique que le PV de la réunion leur sera transmis au plus vite et qu'a priori la rédaction du guide ne nécessitera pas d'autres réunions.

