



**Maître d'ouvrage :**

Pôle de Compétitivité ADVANCITY  
Président Jean-Louis Marchand

**Co-financeurs :**

MEDDE : CGDD/DRI  
Caisse des Dépôts : Marie-Alexandra Coste

**Coordinateur du Comité de pilotage :**

Michel Ray, ADVANCITY

**Réalisé par :**

CMI : Vanessa Cordoba, coordonnateur du groupement  
SEBAN & ASSOCIÉS : Cécile Fontaine  
IFSTTAR : Bérengère Lebental

**Coordinatrice de la note d'approfondissement juridique :**

Cécile Fontaine, SEBAN & ASSOCIÉS

Le *vademecum* et ses notes d'approfondissement sont téléchargeables gratuitement sur le site :  
[www.advancity.eu](http://www.advancity.eu)

## Sommaire

Propos introductifs.....	5
<b>I. LES ÉLÉMENTS DE CONTEXTE.....</b>	<b>6</b>
I.1. Un droit à l'expérimentation prévu par la Constitution.....	6
I.2. Les projets d'innovation urbaine réalisés au moyen des opportunités offertes par le droit positif.....	6
<b>II. LA RÉALISATION D'UN PROJET D'INNOVATION URBAINE À TRAVERS LA CRÉATION D'UNE STRUCTURE DÉDIÉE.....</b>	<b>8</b>
II.1. La gestion du projet en régie.....	8
II.1.1. La régie simple ou régie directe.....	8
II.1.2. La régie dotée de la seule autonomie financière (régie dite autonome).....	8
II.1.3. La régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière.....	8
II.2. Les structures associatives.....	9
II.2.1. Le cadre juridique général applicable aux associations.....	9
II.2.2. Une forme particulière d'association : les associations syndicales libres (ASL).....	9
II.3. Les structures en groupement (GIE, GIP).....	10
II.3.1. Le groupement d'intérêt public (GIP).....	10
II.3.2. Le groupement d'intérêt économique (GIE).....	10
II.4. Les structures commerciales.....	11
II.4.1. Les structures commerciales classiques.....	11
II.4.2. Focus sur la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP).....	11
<b>III. LA RÉALISATION D'UN PROJET D'INNOVATION URBAINE À TRAVERS LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....</b>	<b>14</b>
III.1. Les marchés publics.....	14
1 <sup>er</sup> levier : Optimiser l'utilisation du Code des marchés publics.....	14
2 <sup>nd</sup> levier : Mobiliser les procédures au service de l'innovation.....	17
III.2. Focus sur le partenariat d'innovation.....	19
III.2.1. Le recours au partenariat d'innovation : Une réponse apportée aux limites des marchés de R&D existants.....	19
III.2.2. La procédure de passation du partenariat d'innovation : les avantages de la négociation et de la faculté de pluri-attribution du contrat.....	20
III.2.3. L'exécution du partenariat d'innovation : la sélection par les résultats durant la phase de R&D et la faculté d'acquisition du produit innovant.....	21
III.3. Les autres contrats de la commande publique et les leviers permettant de faciliter le développement des projets d'innovation urbaine.....	22
III.3.1. Le contrat de partenariat.....	22
III.3.2. Les délégations de service public, concessions de travaux publics et concessions d'aménagement.....	23

<b>IV. LA RÉALISATION D'UN PROJET D'INNOVATION URBAINE IMPLIQUANT L'OCCUPATION DE L'ESPACE PUBLIC</b>	<b>24</b>
IV.1. La distinction domaine public/domaine privé et son incidence dans le cadre d'un projet d'expérimentation urbaine	24
IV.2. Les contraintes liées à la domanialité publique	24
IV.3. Les contrats d'occupation du domaine public (AOT, BEA...)	25
IV.3.1. Les autorisations d'occupation du domaine public non constitutives de droits réels	25
IV.3.2. Les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels	25
IV.3.3. Le bail emphytéotique administratif (BEA)	26
IV.4. La superposition d'affectation et les découpages en volume	26
Les conventions de superposition d'affectation	26
Les découpages en volume	27
<b>V. LES CONTRAINTES LIÉES AU FINANCEMENT PUBLIC DES PROJETS D'INNOVATION URBAINE</b>	<b>28</b>
V.1. Le cadre européen	28
V.1.1. L'absence de qualification d'aides d'État	28
V.1.2. La mesure correspond à une aide d'État	29
V.2. Le cadre national : les aides au développement économique et les aides aux associations innovantes justifiant un intérêt public local	30
V.3. Les relations financières entre personnes publiques : la problématique des financements croisés	30
<b>VI. LES ASPECTS LIÉS AU TRAITEMENT DES DONNÉES ET AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE</b>	<b>31</b>
VI.1. La gestion et la protection des données	31
VI.2. La protection des droits de propriété intellectuelle et du savoir-faire	31

## Propos introductifs

La présente étude vient compléter le *vademecum* en présentant les modalités juridiques à travers lesquelles les projets d'innovation urbaine sont susceptibles d'être réalisés.

Construite en retenant une approche analytique – et accompagnée d'un tableau de concordance établissant le lien entre les développements du *vademecum* et les solutions juridiques correspondantes –, la présente étude reprend et développe les problématiques juridiques qui ont été évoquées dans le *vademecum*.

**Tableau de concordance entre le *vademecum* et l'Étude juridique**

Problématique juridique	Occurrence(s) Étude juridique	Occurrence(s) <i>vademecum</i>
La gestion en régie	8	41, 42, 50, 63, 71, 72
Les structures associatives dédiées	9	42, 84, 85
Les structures en groupement dédiées (GIE, GIP)	10, 11	42, 84, 85
Les structures commerciales dédiées	11, 12, 13	42, 84, 85
Les marchés publics	14 et s.	36, 45, 61, 63 et s., 72
Le marché de R&D et le partenariat d'innovation	19 et s.	67, 76 et s., 81, 82
Le contrat de partenariat public-privé	22	72
Les concessions et les délégations de service public	23	63, 64, 69, 94, 95, 96
La domanialité publique et les contrats d'occupation du domaine public	24 à 27	52, 59
Le financement public des projets (aides d'État, financements croisés...)	28 à 30	16, 17, 45, 60, 76, 88, 97
La gestion et la protection des données	31	39, 45, 92, 93, 95, 96 et s.
La protection des droits de propriété intellectuelle	31 à 33	50, 52, 81, 86

## I. Les éléments de contexte

En dépit de la reconnaissance déjà ancienne d'un **droit à l'expérimentation** en droit français, il n'existe pas, à ce jour, de cadre juridique particulier régissant l'activité consistant à innover (**I.1.**).

Il en résulte que les projets d'innovation urbaine doivent se développer dans le **cadre du droit positif** en utilisant des règles qui n'ont pas été spécifiquement imaginées pour la réalisation de ce type de projets (**I.2.**). L'objet de cette étude est donc de mettre en exergue les dispositions du droit positif susceptibles d'être utilement mobilisées par les acteurs publics afin de réaliser des projets d'innovation urbaine.

### I.1. Un droit à l'expérimentation prévu par la Constitution

En droit français, le lien entre expérimentation et droit est établi de longue date.

Ce lien est même inscrit dans la Constitution du 4 octobre 1958. En effet, l'article 37-1 de la Constitution précise que : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

En vertu de ce principe, le législateur et le pouvoir réglementaire ont déjà été amenés à définir des régimes juridiques mis en œuvre à titre expérimental dans des domaines variés (exemples : expérimentation des dispositifs de comptage évolués en matière d'énergie, expérimentation des téléprocédures devant les juridictions administratives, expérimentation des maisons de naissance, etc).

De même, en vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, la loi peut autoriser les collectivités territoriales à déroger à titre expérimental aux dispositions législatives régissant l'exercice de leurs compétences.

À cette fin, la loi doit définir l'objet de l'expérimentation ainsi que sa durée, qui ne peut excéder cinq ans, et mentionner les dispositions auxquelles il peut être dérogé (voir l'article LO. 1113-1 du code général des collectivités territoriales).

#### **Un nouveau dispositif prévu dans le projet de loi sur la transition énergétique pour la croissance verte**

Le projet de loi sur la transition énergétique pour la croissance verte, qui a été adopté par l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014, prévoit le recours à l'expérimentation pour favoriser la transition énergétique et la diffusion de nouveaux services.

L'article 59 du projet de loi autorise le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnances des mesures pour mener à bien un déploiement expérimental de réseaux électriques intelligents ou de dispositifs de gestion optimisée de stockage et de transformation des énergies. Dans le cadre de ce déploiement expérimental, des règles particulières d'accès et d'utilisation des réseaux publics sont définies par la Commission de régulation de l'énergie.

En sus de ces dispositifs que peuvent servir de cadre à la réalisation de projets d'innovation urbaine d'envergure, le droit positif offre également des nombreuses dispositions qui peuvent être utilement mobilisées par les acteurs publics afin de réaliser des projets d'innovation urbaine plus ciblés.

### I.2. Les projets d'innovation urbaine réalisés au moyen des opportunités offertes par le droit positif

Si le droit positif français ne prévoit pas, pour le moment, de dispositif spécifique prévoyant les conditions de mise en œuvre des projets d'innovation urbaine – en dehors du droit à l'expérimentation prévu par la Constitution précédemment rappelé – les textes existants proposent de nombreux dispositifs qui peuvent être utilisés par les acteurs publics pour réaliser leurs projets.

### L'exemple du secteur de l'énergie

Les travaux menés par la Commission de régulation de l'énergie en matière de déploiement des réseaux intelligents montrent que, dans ce domaine fortement réglementé, il est néanmoins possible de créer les conditions permettant de favoriser les projets innovants.

Ainsi, si le cadre juridique actuel ne facilite pas les initiatives en matière de nouveaux services offerts aux utilisateurs des réseaux publics d'électricité alors même que les technologies ont déjà évolué dans ce sens, la Commission de régulation de l'énergie a pu mettre en place un cadre de régulation permettant de **favoriser les expérimentations** tendant au développement des réseaux intelligents.

La Commission de régulation de l'énergie a notamment recours au levier financier que constitue le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité qui rémunèrent l'activité d'exploitation desdits réseaux. Ce tarif est calculé de manière à financer des démonstrateurs (Voir la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 décembre 2013 portant décision relative aux tarifs d'utilisation d'un réseau public d'électricité dans le domaine de tension HTA ou BT).

Les démonstrateurs ainsi financés par les tarifs de réseaux visent notamment à faciliter l'intégration des énergies renouvelables dans le réseau de distribution, à développer de nouvelles fonctions d'automatisation du réseau ainsi que des activités de stockage, à améliorer l'utilisation des données collectées (comptage, réseau), à gérer l'impact de la recharge des véhicules électriques sur le réseau de distribution, etc.

Mais la contrainte n'est pas uniquement financière, et il est apparu indispensable à la Commission de régulation de l'énergie de reconnaître aux collectivités territoriales un véritable droit à l'expérimentation permettant de « *tester, dans des conditions opérationnelles, de nouveaux modes de gestion et de nouveaux modèles d'affaires des Smart grids* », en particulier sur les sujets suivants : « - *l'autoconsommation à une maille locale (plus grande que celle de l'installation individuelle : la maille de l'îlot ou du quartier par exemple) ;*

- *les réseaux fermés de distribution (...) ;*
- *les services apportés par le stockage, leur complémentarité et les modèles d'affaires associés ;*
- *la gestion optimisée et coordonnée à une maille locale des réseaux d'électricité, de gaz, de chaleur et de froid »* (voir la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 juin 2014 portant recommandations sur le développement des réseaux électriques intelligents en basse tension).

Dans cette logique, les développements qui suivent permettent de mettre en évidence les différentes dispositions qui peuvent être utilement mobilisées par les porteurs de projets d'innovation urbaine afin d'en permettre la mise en œuvre.

## II. La réalisation d'un projet d'innovation urbaine à travers la création d'une structure dédiée

Les porteurs d'un projet d'innovation urbaine peuvent envisager de créer une structure juridique dédiée. Dès lors qu'une personne publique figure parmi les partenaires à ce projet, le choix de la création d'une structure juridique dédiée devra s'effectuer parmi les structures suivantes :

- La régie (avec ou sans personnalité morale) ;
- Les structures associatives ;
- Les structures en groupement (GIE, GIP) ;
- Les structures commerciales (SEM, SPL) ;
- *Focus sur la société d'économie mixte à opération unique.*

### II.1. La gestion du projet en régie

Parmi les différentes modalités de réalisation d'un projet d'innovation urbaine, la personne publique concernée peut envisager la gestion d'un tel projet directement en régie, c'est-à-dire dans le cadre d'un mode de gestion dans lequel la personne publique gère directement la mise en œuvre et le développement du projet d'innovation urbaine.

La gestion en régie suppose toutefois de choisir parmi trois configurations juridiques distinctes : la régie simple, la régie dotée de l'autonomie financière et la régie à personnalité morale et dotée de l'autonomie financière.

Les textes relatifs aux régies sont codifiés dans le code général des collectivités territoriales (CGCT) aux articles L. 2221-1 et suivants.

#### II.1.1. La régie simple ou régie directe

La régie simple présente les trois caractéristiques suivantes :

- Les activités prises en charge dans une configuration de régie simple ne sont pas individualisées au sein d'une entité juridique spécifiquement dédiée. En d'autres termes, c'est la collectivité dont elles relèvent qui est titulaire des droits et des obligations qui en découlent ;
- Elles engagent la responsabilité de l'exécutif de la personne morale concernée ;
- Les aspects financiers liés à ce projet ne sont pas traités de manière séparée et font donc partie du budget de la collectivité.

#### II.1.2. La régie dotée de la seule autonomie financière (régie dite autonome)

Lorsque le service d'intérêt public est géré en régie autonome, celle-ci dispose de l'autonomie financière et administrative. Cette autonomie entraîne des conséquences, d'une part, au niveau organique et, d'autre part, au niveau financier.

Au niveau organique, si la régie autonome ne bénéficie pas de la personnalité morale, elle peut conduire à la nomination d'un conseil d'exploitation et d'un directeur.

Au niveau financier, la création d'une régie autonome implique de distinguer un budget distinct de celui de sa collectivité de rattachement qui se compose de deux parties, une section d'exploitation et une section d'investissement.

#### II.1.3. La régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière

L'exploitation d'un service d'intérêt public peut enfin être réalisée au moyen d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Cette entité correspond alors à un établissement public.

Cette forme de régie est généralement choisie lorsque l'activité envisagée correspond à la gestion d'un service public à caractère industriel et commercial.

Une telle régie possède un patrimoine distinct de sa collectivité de rattachement et jouit d'un budget propre.

### L'intérêt de la régie pour la réalisation d'un projet d'innovation urbaine

Le recours à la régie – quel que soit son degré d'autonomie au regard de sa collectivité de rattachement – ne doit être envisagé que si la personne publique dispose de toutes les compétences nécessaires en interne et ne souhaite pas bénéficier du support financier, logistique, technique d'une personne privée pour l'accompagner dans la réalisation du projet envisagé.

## II.2. Les structures associatives ;

Il convient de rappeler, de manière liminaire, que, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ».

L'association est donc un contrat, qui regroupe de manière permanente plusieurs personnes physiques ou morales qui effectuent des apports, dans un but non lucratif<sup>1</sup>, ce qui les oppose aux sociétés.

Le législateur est intervenu pour conférer des statuts particuliers à certaines associations dotées d'un objet spécifique. À cet égard, après avoir présenté les caractéristiques du régime général des associations, il conviendra de présenter le cas particulier des associations syndicales libres de propriétaires.

### II.2.1. Le cadre juridique général applicable aux associations

Adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 1901, et modifiée à de nombreuses reprises depuis, la loi relative au contrat d'association fonde encore aujourd'hui le cadre juridique de l'exercice de cette grande liberté républicaine.

L'acte fondateur d'une association est la signature d'un contrat par au moins deux personnes qui les engagent les unes par rapport aux autres. Ce contrat est appelé statuts de l'association.

La forme et le contenu des statuts sont libres. En pratique, les statuts comportent généralement les éléments suivants : l'objet de l'association, son titre, le lieu de son siège social, la durée pour laquelle elle est créée, ses moyens, sa composition (avec, le cas échéant, les différentes catégories de membres), son organisation, ses ressources et les conditions de modification des statuts et de dissolution de l'association.

Dès lors qu'elle a été déclarée et publiée ou qu'elle a été reconnue d'utilité publique, l'association bénéficie de la personnalité morale et dispose, en conséquence, d'une autonomie patrimoniale. Elle a ses propres créances et ses propres dettes bien distinctes de celles de ses membres. Ces derniers ne sont d'ailleurs pas redevables du passif de la personne morale associative.

La question de l'intervention de personnes publiques dans le cadre associatif est tout à fait possible. Il convient toutefois de veiller au risque de requalification en association transparente. Les porteurs de projet pourront utilement consulter la Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations afin d'identifier les bonnes pratiques concernant les relations entre la personne publique et la structure créée.

### II.2.2. Une forme particulière d'association : les associations syndicales libres (ASL)

Les ASL sont régies par l'ordonnance n° 2004-632 du 1<sup>er</sup> juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

Contrairement aux associations dites « loi 1901 », les ASL sont **des groupements de biens et non de personnes**.

L'article 3 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 précitée énonce, à cet égard, que : « *Les droits et obligations qui dérivent de la constitution d'une association syndicale de propriétaires sont attachés aux immeubles compris dans le périmètre de l'association et les suivent, en quelque main qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association ou la réduction de son périmètre* ».

En d'autres termes, l'appartenance à une ASL crée un droit réel, attaché à la propriété. En conséquence, les propriétaires associés ne peuvent s'affranchir de leur appartenance à l'association qu'en cédant leur propriété.

Les ASL sont des personnes morales de droit privé et relèvent donc à ce titre du juge judiciaire. Elles sont créées par la volonté des propriétaires. En effet, l'article 7 de l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 précise que : « *Les associations syndicales libres se forment par consentement unanime des propriétaires intéressés, constaté par écrit* ».

En outre, les membres d'une ASL sont obligatoirement des propriétaires. Il convient de préciser à ce stade qu'une personne publique peut être membre d'une ASL au titre des propriétés relevant de son domaine public<sup>2</sup> ou privé et qui sont comprises dans le périmètre de l'ASL.

L'ASL est légalement constituée dès le consentement unanime des propriétaires membres et l'établissement de ses statuts. En revanche, pour être dotée de la capacité juridique, et donc être opposable aux tiers, elle doit respecter les formalités de publicité rappelées à l'article 8 de l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

1. Le terme à « but non lucratif » ne signifie pas qu'il est interdit à l'association de réaliser des bénéfices, mais seulement qu'il lui est interdit de distribuer des bénéfices à ses membres.

2. Concernant les biens du domaine public, de nombreuses règles applicables aux associations syndicales de propriétaires et à leurs ne s'appliquent pas aux personnes publiques associées, en particulier toutes les règles concernant les voies d'exécution. Il convient de rappeler, en effet, que le domaine public est inaliénable et imprescriptible.

Les ASL jouissent d'une grande liberté dans la rédaction des statuts. Leur mission doit toutefois s'inscrire dans le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 qui précise que :

« *Peuvent faire l'objet d'une association syndicale de propriétaires la construction, l'entretien ou la gestion d'ouvrages ou la réalisation de travaux, ainsi que les actions d'intérêt commun, en vue :*

- *De prévenir les risques naturels ou sanitaires, les pollutions et les nuisances ;*
- *De préserver, de restaurer ou d'exploiter des ressources naturelles ;*
- *D'aménager ou d'entretenir des cours d'eau, lacs ou plans d'eau, voies et réseaux divers ;*
- *De mettre en valeur des propriétés ».*

### **L'intérêt de la structure associative pour la réalisation d'un projet d'innovation urbaine**

L'un des éléments principaux du contrat d'association correspond à la volonté de ses membres de mettre en commun des connaissances ou une activité. À cet égard, le modèle associatif peut fournir un cadre utile pour réaliser un projet d'innovation urbaine.

En outre, les règles qui encadrent la création et le fonctionnement d'une telle structure garantissent une grande liberté à ses membres.

Le modèle associatif particulier que constitue l'ASL peut également être utilement mobilisé pour la réalisation d'un projet d'innovation urbaine qui impliquerait plusieurs propriétaires ou copropriétaires de bâtiments.

Dans une telle configuration, la personne publique propriétaire est alors impliquée dans les mêmes conditions que les autres propriétaires.

## **II.3. Les structures en groupement (GIE, GIP)**

Le projet d'innovation urbaine peut également être réalisé dans le cadre d'une structure en groupement. Deux formes de groupement peuvent être envisagées : le groupement d'intérêt public et le groupement d'intérêt économique.

### **II.3.1. Le groupement d'intérêt public (GIP)**

Créé en 1982, cet instrument juridique permet la mise en commun des moyens de partenaires publics et privés dans le but de mener à bien une mission d'intérêt général à but non lucratif.

Les GIP sont désormais régis par les dispositions de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

La création d'un GIP suppose que ses membres signent une convention constitutive qui doit être approuvée par l'État conformément aux dispositions de la loi précitée ainsi qu'aux dispositions du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 *relatif aux groupements d'intérêt public*.

Par une circulaire du 9 avril 2013, le Premier ministre a souhaité rappeler que la création d'un GIP – ou plus généralement d'une agence – devait répondre à certaines conditions.

Ainsi, le recours au GIP est adapté si :

- La mission est clairement définie, circonscrite et spécialisée ;
- L'individualisation de cette activité au sein d'une entité est une mesure permettant d'améliorer la réalisation de la mission ;
- La mission est spécifique ;
- La mission justifie que soient noués des partenariats avec des acteurs de la société civile et les collectivités territoriales, notamment en termes de financement ;
- La mission confiée à l'entité implique que celle-ci dispose d'une certaine autonomie.

### **II.3.2. Le groupement d'intérêt économique (GIE) :**

Le recours au GIE est approprié dans le but de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Selon l'article L. 251-1 du code de commerce, le but d'un tel groupement « *n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même* ».

Les membres du GIE sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes de la société. Cela signifie que chaque membre est responsable sur l'ensemble de son patrimoine personnel de toutes les dettes du groupement, qu'elles soient de son fait ou non.

### **L'intérêt de recourir à une structure en groupement pour la réalisation d'un projet d'innovation urbaine**

Eu égard à leurs régimes juridiques relativement contraignants, les GIP et GIE sont deux structures adaptées au co-développement d'un projet d'innovation urbaine d'une certaine importance (financière, matérielle ou technique).

Le choix entre ces deux structures ne pourra se faire qu'à l'aune des caractéristiques du projet d'innovation urbaine envisagé et notamment des aspects organiques (nature et nombre des partenaires), matériels (mise en commun de moyens, réalisation d'un équipement commun, exploitation d'une installation...) ou de gouvernance.

On notera, en particulier, que la récente réforme du GIP en fait désormais un outil fiable et balisé à la disposition des personnes publiques pour la réalisation de projets d'intérêt général à but non lucratif.

## **II.4. Les structures commerciales**

Un projet d'innovation urbaine peut être réalisé au moyen de la création d'une structure commerciale. À côté des quatre structures commerciales classiques ouvertes auxquelles les personnes publiques peuvent appartenir, il convient de présenter de manière plus détaillée une structure récemment introduite en droit français : la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP).

### **II.4.1. Les structures commerciales classiques**

- La société d'économie mixte locale (SEML) : Prévues aux articles L. 1522-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, la société d'économie mixte est une structure commerciale dont le capital est détenu en majorité par une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales. La part du capital détenue par une (ou plusieurs) personne(s) privée(s) ne peut être inférieure à 15 % ;
- La société coopération d'intérêt collectif (SCIC) est caractérisée par le multi-sociétariat, la participation des collectivités étant limitée à 20 % du capital. C'est une structure démocratique où chaque associé quelle que soit sa part dans le capital dispose d'une voix aux assemblées générales. Cette structure est particulièrement adaptée au développement des projets d'innovation urbaine dès lors qu'ils sont dépourvus de but lucratif ;
- La société par actions simplifiée (SAS) peut également être utilisée. Cette structure, prévue aux articles L. 227-1 et suivants du Code de commerce, a notamment été utilisée pour servir de support au consortium Efficacity installé à Marne-La-Vallée et qui porte sur l'efficacité énergétique en ville<sup>3</sup>.
- La société publique locale (SPL) : proche de la SEML présentée précédemment, la SPL s'en différencie au niveau de son actionnariat. En effet, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales*, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

### **II.4.2. Focus sur la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)**

La loi du 1<sup>er</sup> juillet 2014 n° 2014-744, dont les dispositions sont codifiées aux articles L. 1541-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, crée le statut de société d'économie mixte à opération Unique (SEMOP).

La grande originalité de la SEMOP résulte dans le déplacement des obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société et permet de dépasser ainsi l'interdiction faite aux collectivités territoriales de contracter librement avec les sociétés d'économie mixte qu'elles ont constituées.

Ce nouvel outil juridique devrait être particulièrement adapté aux collectivités territoriales désirant créer des sociétés anonymes avec au moins un actionnaire privé sélectionné après une mise en concurrence pour la réalisation d'un projet unique plus ou moins complexe nécessitant l'utilisation de technologies innovantes.

3. Pour rappel concernant les communes et les départements, « sont exclues, sauf autorisations prévues par décret en Conseil d'État, toute participation dans le capital d'une société commerciale ou tout autre organisme (...) à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 ».

#### a. Les caractéristiques de la SEMOP

- Sa forme juridique : Sous réserve des dispositions prévues par la loi du 2 juillet 2014, le droit des SEML est applicable aux SEMOP.
- Son actionnariat : Par dérogation au code de commerce, la SEMOP est constituée au minimum de deux actionnaires, une collectivité territoriale et un opérateur économique.
- Son capital social : Par application du droit commun, le seuil minimal de capitalisation est de :
  - 37 000 € pour les Semop de services ;
  - 150 000 € pour les Semop d'aménagement ;
  - 225 000 € pour les Semop de construction.
- La répartition de son capital social : La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %. La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire détient entre 34 % et 85 % du capital et 34 % des voix au moins dans les organes délibérants. Ainsi une minorité de blocage est nécessairement établie au profit de la collectivité locale. Dans l'hypothèse où la collectivité ou le groupement décide de limiter sa participation à ce seuil de 34 %, ou à tout le moins d'être minoritaire, l'équilibre des pouvoirs entre l'actionnaire public et l'opérateur est profondément modifié par rapport à la SEM de droit commun.
- La durée de la SEMOP : Elle est constituée pour une durée limitée définie lors de sa création. Elle est ainsi dissoute de plein droit au terme de cette durée, mais également à la réalisation ou à l'expiration de son objet.

#### b. L'objet social et le champ de compétence de la SEMOP

La SEMOP est mono-contrat. Elle ne peut exercer ses activités que dans le cadre exclusif du contrat à objet unique passé lors de sa création.

En vertu de l'article L. 1541-1 du CGCT, la SEMOP a pour objet :

- «-soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;
- soit la gestion d'un service public, pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ;
- soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales. »

Le champ de l'objet social unique est ainsi plus large que celui reconnu pour les SEML de droit commun.

#### c. La procédure de sélection du ou des opérateurs économiques

La sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la SEMOP sont effectuées par un unique appel public à concurrence respectant les procédures applicables aux différents contrats de la commande publique.

L'avis d'appel public à la concurrence doit, par ailleurs, comporter un document de préfiguration précisant les principales caractéristiques de la SEMOP.

Si le recours à la SEMOP permet de déplacer les obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société, une formalisation claire et précise des besoins par la collectivité ou le groupement de collectivités en amont est indispensable pour permettre au partenariat d'être attractif pour les candidats potentiels tout en respectant les principes de la commande publique.

#### d. La gouvernance de la SEMOP

La gouvernance obéit aux règles classiques d'administration des sociétés anonymes à savoir un conseil d'administration et direction générale, ou conseil de surveillance et directoire.

La présidence du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est de droit confiée à un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

### **Les points forts de la SEMOP pour porter un projet d'innovation urbaine**

Parce qu'elle offre le **double avantage** de déplacer les obligations de mise en concurrence au stade de la création de la société et de concilier sous une nouvelle forme la compétence et l'innovation de l'actionnaire privé avec la meilleure maîtrise de l'opération par la personne publique, la SEMOP est une structure porteuse économiquement et juridiquement intéressante pour les collectivités locales.

Notamment, le recours à la SEMOP est déjà envisagé pour assurer le pilotage énergétique de territoires au sein desquels sont testés des modèles de smart grids. Elle devrait également être pertinente dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des déchets ou encore des transports publics.

Eu égard, à la composition de son capital social, à la liberté dans la définition de son objet social et à la sécurité juridique qu'elle apporte à ses actionnaires, la SEMOP permettra de donner un cadre pertinent à l'exercice de telles missions.

### III. La réalisation d'un projet d'innovation urbaine à travers la conclusion d'un contrat de la commande publique

La commande publique est un formidable levier de soutien à l'innovation. Pourtant les acheteurs publics, par habitude ou par appréhension, exploitent insuffisamment les possibilités offertes par l'ensemble des textes réglementant la commande publique et en particulier le code des marchés publics.

En dépit des contraintes et des rigidités des dispositions du code des marchés publics, le recours à un marché public offre de nombreuses opportunités pour permettre aux personnes publiques de participer, plus ou moins directement, à la réalisation d'un projet d'innovation urbaine.

Au sein des marchés publics, deux types d'achat innovant doivent être distingués :

- soit le produit ou le procédé existe et permet de répondre au besoin du pouvoir adjudicateur moyennant une adaptation : l'achat correspond alors à un **marché public classique**.
- soit le produit ou le procédé n'existe pas, le pouvoir adjudicateur sollicite un achat d'innovation, nécessitant une phase de recherche et développement préalable avant une éventuelle acquisition. Cet achat s'inscrit alors dans un **partenariat d'innovation** récemment introduit en droit français.

En outre, **les autres contrats de la commande publique** peuvent également être utilement mobilisés pour permettre ou faciliter la mise en œuvre des projets d'innovation urbaine.

#### III.1. Les marchés publics

L'encadrement normatif des marchés publics, résultant des impératifs de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, apparaît comme un frein au développement des démonstrateurs.

Les règles de passation, la détermination préalable des besoins à satisfaire (article 5 CMP), le choix de critères de sélection précis et l'importance donnée à l'offre économique la plus avantageuse (article 53 CMP), conduisent à privilégier grandement les solutions existantes aux solutions innovantes.

Toutefois, il est possible, en l'état actuel du droit, d'orienter l'achat public vers la promotion de l'innovation, en optimisant l'utilisation de plusieurs leviers en amont de la passation et au cours de cette dernière à travers notamment la négociation dès qu'il est possible d'y recourir.

##### 1<sup>er</sup> levier : Optimiser l'utilisation du Code des marchés publics

L'intégration de l'innovation dans les politiques d'achat public passe par une utilisation optimisée des dispositions d'ores et déjà disponibles du Code des marchés publics.

En effet, nombreux sont les instruments mobilisables. L'article 5 du Code relatif à la détermination préalable des besoins, l'article 6 relatif aux spécifications techniques, l'article 14 relatif aux clauses sociales et environnementales ainsi que les articles 45, 50, 52 et 53 relatifs aux critères de sélection des candidatures et des offres, peuvent être utilisés pour favoriser l'innovation.

##### > La définition de ses besoins en termes innovants et le choix de critères adaptés à ces besoins

Trop souvent l'acheteur public se réfère à des cahiers des charges imposant des solutions obsolètes aux opérateurs économiques, alors qu'il pourrait favoriser l'émergence de solutions innovantes au stade de la définition de ses besoins et du choix des critères d'attribution en résultant.

Le rapprochement des besoins de l'acheteur public de la capacité à faire des opérateurs économiques innovants n'est toutefois possible que grâce à une bonne connaissance préalable du marché. Une telle démarche implique d'observer, connaître et pratiquer les marchés économiques, ce qui suppose de décloisonner la fonction achat pour la rapprocher des services opérationnels en interne, mais aussi « d'interroger le marché » en entrant en contact avec les fournisseurs potentiels.

L'acheteur public ne doit plus appréhender toute prise de contact avec des entreprises candidates potentielles (« sourcing ») comme un risque d'exposition à un délit de favoritisme. Bien entendu, cette mise en relation doit être transparente, encadrée et réalisée bien en amont des procédures de passation. Ainsi, la personne publique sera à même de déterminer ses besoins en des termes fonctionnels favorisant l'émergence de solutions innovantes.

En partant de cette définition fonctionnelle de ses besoins, l'acheteur public pourra privilégier un cahier des charges lui-même fonctionnel au moment de déterminer les spécifications techniques du marché mis en concurrence.

D'autre part, sont à bannir des critères de sélection dissuasifs, tels que des critères de sélection des candidatures trop lourds qui empêchent les nouvelles entreprises à participer à certains appels d'offre, ou des critères de sélection des offres trop précis ou surévaluant le critère-prix.

À l'inverse, le dossier de consultation des entreprises peut imposer des critères de performance susceptible de valoriser les solutions innovantes par rapport aux offres concurrentes. À ces objectifs de performance retenus doivent alors correspondre une méthode de quantification et d'évaluation qui permettra de classer les offres en respectant l'égalité de traitement des candidats.

De manière générale, la rédaction de cahiers des charges prenant en compte le développement durable et la protection de l'environnement est de nature à favoriser l'innovation<sup>4</sup>.

Enfin, l'obligation d'allotir les marchés énoncée à l'article 10 du Code des marchés publics, bien qu'à première vue favorable aux PME innovantes, peut le cas échéant pénaliser une approche « systémique » ou « intégrée » d'un projet innovant prenant en considération l'ensemble d'un écosystème urbain. Les entreprises soulignent que pour surmonter ces défauts, le recours à des critères fondés sur des indicateurs de performance globaux communs à tous les lots est souhaitable.

L'obligation d'une comparaison des offres lot par lot ne permet pas une appréciation globale des offres des candidats pour l'ensemble des lots. Néanmoins, rien n'exclut que chaque lot soit attribué selon des critères similaires (ex : caractère innovant de l'offre) et pondérés de la même manière. De même, l'article 10 n'interdit pas l'attribution de plusieurs lots voire de la totalité des lots à un opérateur économique à condition que le pouvoir adjudicateur ait respecté le principe d'une comparaison lot par lot.

Au demeurant, les clauses administratives et techniques du marché peuvent prévoir des obligations contractuelles à la charge des titulaires des différents lots en matière de coopération et de coordination. Il convient à ce titre de préciser que certains marchés de prestations intellectuelles comprennent un lot relatif à une mission de coordination des titulaires des lots techniques étant entendu que ce mécanisme pose la question du degré de contrainte susceptible d'être exercé par le titulaire du lot « coordination » sur les autres titulaires. Des clauses de performance relatives à l'exécution du marché peuvent également être prévues.

Il est également envisageable de faire de la performance une modalité de fixation du prix, comme le juge administratif l'a récemment admis pour des conventions de recherche d'économies, dits contrats de « cost killing ». Le prestataire se rémunère alors, dans ces contrats, par un pourcentage fixé sur les économies réalisées grâce à son intervention.

### **Les perspectives juridiques à venir : la consécration du « sourcing » et l'allègement des contraintes**

Les nouvelles « directives marchés et concessions » 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 facilitent l'accès à la commande publique des PME et des entreprises innovantes en favorisant le « sourcing » et en allégeant les contraintes procédurales.

Le « sourcing », procédé par lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations préalables avant d'entamer une procédure de passation de marché, demander les avis d'autorités ou d'experts en vue de préparer la passation dudit marché, est consacré par la nouvelle « directive marchés » 2014/24/UE (article 40 de la directive 2014/24/UE).

Les formalités administratives de candidatures sont simplifiées. Ainsi, l'article 56.3 de la directive 2014/24/UE impose une limitation des exigences en termes de capacité financière : si le pouvoir adjudicateur exige un chiffre d'affaires minimal pour pouvoir soumissionner, celui-ci ne peut, en principe, être supérieur à trois fois l'estimation du marché.

4. À cet égard, l'Association des Acheteurs Publics (AAP) a publié, en 2014, un guide de *L'achat public durable* destiné à tous les acteurs publics pour faciliter l'introduction de clauses pertinentes dans les marchés des différentes entités publiques.

#### > L'utilisation systématique des variantes

L'acheteur public a également intérêt à autoriser les candidats à présenter des variantes à l'offre de base (article 50 CMP).

Les variantes constituent « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (CE, 5 janvier 2011, *Sté Technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*, req. nos 343206 et 343214) qui peuvent être proposées sans que le candidat réponde nécessairement à l'offre de base (depuis le décret n°2011-1000 du 25 août 2011). Même si l'acheteur public connaît son besoin, il ne connaît pas toutes les solutions disponibles, l'utilisation systématique des variantes permet d'accueillir les « processus » et solutions innovantes moins chères ou techniquement supérieures que le pouvoir adjudicateur pouvait ignorer.

Selon la circulaire d'application du code des marchés publics du 26 septembre 2014 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics : « Le pouvoir adjudicateur aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou à évolution rapide, à autoriser les variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics. Ce dispositif est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises. »

Le pouvoir adjudicateur pour pleinement profiter de la flexibilité introduite par les variantes doit veiller à définir des critères de jugement des offres qui ne figent pas les modalités de réalisation des projets et lui permettent de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes.

#### **L'opportunité des variantes**

Les variantes favorisent l'accès à la commande publique d'entreprises innovantes qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, mais qui peuvent proposer des solutions novatrices souvent plus adaptées au besoin.

Toutefois, les variantes sont enfermées dans les limites des critères de sélection définis préalablement par le pouvoir adjudicateur, si bien que, l'acheteur devra toujours en amont acquérir une bonne connaissance du marché en préparation de la définition de ses besoins de manière à favoriser les solutions innovantes.

#### > Le recours à des contrats globaux assorti d'obligations de performance

Les contrats globaux assortis d'obligation de performances sont un outil d'intégration et de valorisation de l'innovation dans les marchés publics.

Le recours au marché de conception-réalisation de l'article 37 du Code des marchés publics est ainsi permis en cas d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique (depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010) ou en présence de motifs techniques rendant nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces dispositions.

L'article 73 du Code des marchés autorise deux autres formes de contrats globaux de performance, les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM) pour satisfaire des objectifs chiffrés de performance. Il peut s'agir de contrats de performance énergétique, institués par les lois « Grenelle I et II », mais aussi, de manière générale, de tout contrat comportant, de la part du titulaire, des engagements de performance mesurables, notamment en termes de qualité de service, d'incidence écologique ou d'efficacité énergétique. Ces objectifs peuvent être cumulés.

Toutefois, le recours à ce type de contrat n'est possible, pour les travaux soumis à la loi MOP, que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans des bâtiments existants, ou bien pour les motifs d'ordre technique mentionnés à l'article 37 du code des marchés publics. De plus, la dévolution de marchés sous forme globalisée peut être défavorable aux PME et TPE, ainsi qu'aux métiers de l'ingénierie.

## 2<sup>nd</sup> levier : Mobiliser les procédures au service de l'innovation

Aucune procédure de passation d'un marché public n'interdit a priori la prise en compte de solutions innovantes. Toutefois, certaines procédures apparaissent plus favorables à la promotion d'offres innovantes des candidats.

À cet égard, doivent être distinguées les procédures propres aux marchés d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées et celles prévues pour des marchés excédant ce montant.

### > En deçà des seuils de procédures formalisées : des procédures de passation souples et adaptées

En dessous des seuils de procédures formalisées fixés à l'article 26 du Code des marchés publics, les marchés sont passés selon une procédure adaptée « dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur 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'achat (...) » (article 28 CMP).

#### i. Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure

Eu égard à leur enjeu économique réduit, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur est encore plus libre et « peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables » (article 28-III CMP).

Seuls des « micro-démonstrateurs » sont potentiellement concernés par cette exonération de publicité et de mise en concurrence.

#### ii. Les marchés entre 15 000 euros HT et les seuils des procédures formalisées

Les marchés à procédure adaptée se divisent entre les marchés compris entre 15 000 et 90 000 € HT et ceux compris entre 90 000 euros HT et les seuils des procédures formalisées (c'est-à-dire en matière d'achat de fournitures ou de services, 207 000 € HT pour les collectivités et les établissements publics de santé et 134 000 € HT pour l'État et ses établissements publics, et en matière de travaux 5 186 000 € HT) :

- pour les marchés dont le montant estimé est compris entre 15 000 et 90 000 € HT, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé » (CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n°278732). Le code laisse une liberté d'appréciation aux acheteurs ;
- pour les marchés à procédure adaptée d'un montant supérieur à 90 000 euros HT et qui ne relèvent pas de l'article 30 du Code des marchés publics (c'est-à-dire les catégories de services dits « non prioritaires », que les directives communautaires soumettent à des procédures simplifiées, pour lesquelles aucun support de publicité n'est imposé par le code) les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 du Code des marchés publics. Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), ainsi que sur le profil d'acheteur.

Sous les seuils des procédures formalisées, la mise en concurrence relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé. Le fait que ces marchés puissent être passés selon une procédure adaptée ne les dispense pas du respect des principes généraux de la commande publique. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre.

### > Le recours accru aux procédures de passation négociées prévues par le code des marchés publics supérieurs aux seuils de procédures formalisées

Au-dessus des seuils de procédures formalisées (article 26 CMP), la procédure de droit commun est l'appel d'offres, procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

Lorsque les conditions en sont réunies, il est néanmoins possible de recourir à la procédure de marché négocié (article 35 CMP) ou à la procédure de dialogue compétitif (article 36 CMP).

Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques, telles que la procédure de conception-réalisation (article 37 CMP), la procédure du concours (article 38 CMP).

*i. Le marché conclu après une procédure négociée*

Au-dessus des seuils de procédures formalisées, il ne peut être recouru au marché négocié que dans des cas limitativement énumérés par le code des marchés publics<sup>5</sup>, selon deux procédures distinguant les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence (article 35-I CMP) et les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence (article 35-II CMP) : L'article 35-I du CMP prévoit la possibilité de négocier après publicité et mise en concurrence pour les marchés et accords-cadres « *de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate* ». L'article 35-II du CMP énumère les hypothèses dans lesquelles des marchés publics soumis au CMP peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence :

- Les marchés et accords cadres « *de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement* ». Dans la mesure où cette hypothèse impose un marché au prix coûtant, son application est extrêmement limitée ;
- Les marchés ou accords cadres « *pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter* » à condition que les entreprises choisies pour négocier soient les candidats ayant déposé une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ;
- Les marchés et accords-cadres « *qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* ». Dans cette hypothèse, la démonstration de ce qu'un seul opérateur économique peut répondre au besoin du pouvoir adjudicateur est ardue, ainsi, la seule détention d'un brevet par l'opérateur économique est insuffisante, car encore faut-il démontrer que seul le procédé breveté permet de satisfaire le besoin du pouvoir adjudicateur.

*ii. Le marché conclu au terme d'une procédure de dialogue compétitif*

En vertu de l'article 36 du CMP, « *la procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe (...)* ».

La procédure du dialogue compétitif peut être utilisée :

- Lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut définir seul et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou encore pour lesquels il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier (article 36 CMP). Cette situation peut se présenter, notamment pour la réalisation de certains projets ou réseaux particulièrement complexes, ou, plus généralement, pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante ;
- Pour la passation d'un marché de conception-réalisation, dans le cas d'opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, lorsque les conditions définies aux articles 36 et 37 du code des marchés publics sont réunies (article 69-II CMP) ;
- Pour la passation d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, lorsque les conditions définies à l'article 36 sont remplies (art. 74-IV CMP).

Selon la circulaire d'application du code des marchés publics du 26 septembre 2014 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, « *l'acheteur prendra garde que le dialogue n'a pas pour objectif l'accélération des procédures, mais l'amélioration de la définition des besoins. Le dialogue compétitif est, de fait, une procédure assez compliquée, lourde à gérer et souvent chronophage. (...) Il offre aux acheteurs publics des possibilités plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites. De ce point de vue, le déroulement du dialogue compétitif s'apparente à une négociation* ».

5. Ces motifs ne peuvent être que ceux qui sont strictement et exhaustivement énoncés par le code. Tout recours à la procédure négociée pour des motifs non énumérés dans le code, ou par un rattachement abusif à l'un des motifs qui y sont énumérés, entacherait celle-ci d'une irrégularité constituant un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office par le juge (CE Sect. 29 janv. 1982, *Martin* : Rec. p. 44).

### Les perspectives juridiques à venir : la valorisation accrue de la négociation

Les nouvelles « directives marchés » 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 étendent la faculté de recours aux procédures négociées, et notamment aux marchés négociés, renommés « procédure concurrentielle avec négociation ». Ces directives prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation ou un dialogue compétitif notamment lorsque les besoins portent sur de la conception ou des solutions innovantes ou lorsque le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de « circonstances particulières », et non plus des « cas exceptionnels », liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent (article 26 de la directive 2014/24/UE).

## III.2. Focus sur le partenariat d'innovation

Le partenariat pour l'innovation est un nouveau type de marché public créé afin de favoriser la recherche et l'innovation dans le cadre de la commande publique par la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 avril 2014 sur la passation des marchés publics qui abroge la directive 2004/18/CE.

En vertu des considérants introductifs à la directive 2014/24/UE « Cette procédure spécifique devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'établir un partenariat d'innovation à long terme en vue du développement et de l'acquisition ultérieure d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, pour autant qu'ils puissent être fournis aux niveaux de prestation et au coût arrêtés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition. Le partenariat d'innovation devrait se fonder sur les règles procédurales applicables à la procédure concurrentielle avec négociation (...) ».

Jusqu'à la transposition en droit interne du partenariat d'innovation par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, il n'existait pas de dérogations spécifiques au Code des marchés publics pour les marchés portant sur des produits, des services ou des travaux innovants, à l'exception très circonscrite des accords-cadres et marchés de services de recherche et développement, sans prolongement industriel direct. Il convient de préciser que pour ces accords-cadres et marchés de services de recherche et développement prévus à l'article 3.6 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

La création du partenariat d'innovation facilite la passation de marchés publics à visée innovante et aide les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation, et ainsi améliorer la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux enjeux de société. Le principal atout du partenariat est que l'acquisition de la solution innovante n'est pas précédée d'une remise en concurrence.

### III.2.1. Le recours au partenariat d'innovation : Une réponse apportée aux limites des marchés de R&D existants

Le partenariat d'innovation vise à pallier les insuffisances des dispositifs d'achats publics avant commercialisation (APAC), concept créé par la Commission européenne en 2007 pour favoriser l'innovation, et des marchés de recherche et de développement (R&D), qui sont exclus du champ d'application du code des marchés publics (article 3-6° CMP).

#### i. Les carences des marchés de R&D antérieurs

En effet, les achats publics avant commercialisation (APAC) et les marchés de R&D souffrent de plusieurs défauts structurels qui expliquent leur faible succès auprès des acheteurs publics :

- **Une définition très restrictive** : Les contrats relatifs à des programmes de R&D exclus du Code des marchés publics (article 3.6 du CMP) ne concernent que des marchés de services et non de fournitures et de travaux et ne s'appliquent qu'à des programmes de recherche et développement sans prolongement industriels direct. Cette interprétation extrêmement restrictive réduit de manière drastique le champ d'application de l'exclusion.

- **Le financement contraint** : Les achats publics avant commercialisation (APAC) et les marchés de R&D imposent que l'acheteur public, après avoir sélectionné plusieurs entreprises pour des études de faisabilité, rémunèrent les entreprises sélectionnées pour leurs travaux de R&D et non pas aux résultats. De plus, l'acheteur public ne peut financer l'intégralité du programme.
- **L'impossible acquisition de la solution sans mise en concurrence** : il est interdit au pouvoir adjudicateur d'acquérir la propriété exclusive des résultats du programme. Si au terme de la phase de R&D, l'acheteur public souhaite acheter le produit commercialisé, il doit procéder à une mise en concurrence qui est ouverte à toutes les entreprises.

Dans ce cadre, l'opérateur économique est réticent à s'engager à participer à un marché de R&D, dans la mesure où il ne dispose d'aucune assurance de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution à l'issue de la phase de recherche et développement.

Quant à l'acheteur public, celui-ci ne peut à l'occasion de la remise en concurrence obligatoire révéler les caractéristiques exactes de la solution technique dégagée lors de la R&D sans violer le droit de propriété intellectuelle de la solution qui appartient au titulaire de l'APAC ou du marché de R&D.

Les contraintes existantes dans les marchés de R&D et les APAC sont entièrement dépassées par le partenariat d'innovation.

#### *ii. Les attributs novateurs du partenariat d'innovation*

Le partenariat d'innovation permet aux acheteurs publics de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R&D et l'achat de la solution innovante qui en résulte sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

- **Une définition extensive de l'innovation** : Les partenariats d'innovation sont des marchés publics qui portent sur « *les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut pas être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* ».

Cette définition de la notion d'innovation énoncée par l'article 70-1 du CMP est plus large que celle qui prévalait en droit interne pour les contrats relatifs à des programmes de recherche et de développement de l'article 3.6 du CMP. Le pouvoir réglementaire a fait le choix d'ouvrir au maximum le champ d'application étendu au partenariat d'innovation.

Même la définition retenue par le décret est plus ouverte que celle proposée dans la directive 2014/24/UE. Toutefois si cette définition se veut la plus large possible, il reviendra au juge de définir les contours exacts du champ d'application du partenariat d'innovation, et notamment le degré de complexité et la part minimum de R&D du marché.

- **Un marché global de recherche, de développement et d'acquisition de la solution innovante** : Le partenariat d'innovations a pour objet la recherche et le développement de produits, de services, ou de travaux innovants et la possible acquisition de ces produits, services ou travaux innovants.

### **III.2.2. La procédure de passation du partenariat d'innovation : les avantages de la négociation et de la faculté de pluri-attribution du contrat**

La procédure de passation du partenariat d'innovation répond aux spécificités des activités d'innovation en étant **pluri-attributaire** et en laissant une large place à la **négociation**.

> L'acheteur public a la faculté de passer un partenariat d'innovation avec **plusieurs entreprises**. La concurrence entre opérateurs est alors bénéfique, puisque les opérateurs, s'ils veulent emporter le marché d'acquisition sont poussés à innover. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément. Au terme de la phase de R&D, l'acheteur public ne conclura le marché d'acquisition qu'avec le ou les opérateurs ayant le mieux répondu à ses besoins.

L'acheteur public devra, toutefois, être vigilant s'il choisit de passer un partenariat d'innovation avec plusieurs opérateurs à ne pas décourager les potentiels opérateurs à s'engager dans une phase de R&D coûteuse, alors qu'ils ne sont pas assurés que cette dernière ouvre sur une phase d'acquisition du produit qu'ils auront développé.

> Pour les marchés d'une valeur supérieure aux seuils de procédure formalisée (la valeur du marché est déterminée en additionnant le montant estimé des activités de R&D et le montant estimé de l'acquisition envisagée), la procédure de passation d'un partenariat d'innovation est une **procédure négociée** avec publicité et mise en concurrence, selon les dispositions prévues aux articles 65 et 66 du CMP, sous réserve de certains aménagements énoncés à l'article 70-3 du CMP.

La sélection des candidatures doit en particulier s'opérer sur la base de critères de capacité des candidats dans le domaine de la R&D et dans la mise en œuvre de solutions innovantes, ce qui correspond au besoin de s'assurer au maximum de la réussite du partenariat sur le long terme.

La négociation est large et ouverte, comme précisée à l'article 70-2 IV du CMP celle-ci peut porter sur tous les aspects des offres. Sont seuls exclus de la négociation les exigences minimales et les critères d'attribution.

À la fin des négociations, l'acheteur public invite les candidats à remettre une offre finale dans un délai suffisant. Cette offre finale ne pourra plus être négociée. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser la teneur de leur offre de manière non substantielle.

### **III.2.3. L'exécution du partenariat d'innovation : la sélection par les résultats durant la phase de R&D et la faculté d'acquisition du produit innovant**

Il est primordial pour la réussite de tout partenariat d'innovation que l'acheteur public structure précisément le partenariat en étapes successives suivant le déroulement du processus de recherche et d'innovation jusqu'au stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux.

Ce procédé permet aux acheteurs publics de sélectionner progressivement les meilleures solutions et d'orienter le développement du produit, du service ou des travaux tout au long du partenariat.

C'est pourquoi, l'acheteur public doit avoir défini avec le ou les partenaires lors de la passation du marché, les objectifs intermédiaires que le ou les opérateurs sélectionnés doivent atteindre à l'issue de chaque étape de la phase de recherche et développement, sans quoi le partenariat est résilié ou le partenaire défaillant éliminé par le pouvoir adjudicateur.

Les conséquences juridiques de la mise en œuvre de ses prérogatives et la répartition des droits de propriété intellectuelle doivent être précisées dans le contrat du partenariat d'innovation. Il est en effet indispensable de garantir l'égalité de traitement des opérateurs sélectionnés et le respect du secret industriel et commercial.

Au terme de la phase de R&D, l'acheteur public a la possibilité d'acquérir la solution innovante sans remise en concurrence.

Il convient de préciser, cependant, que la phase d'acquisition ne s'ouvre qu'à la condition que les solutions proposées correspondent aux niveaux convenus initialement.

#### **Les opportunités offertes par le partenariat d'innovation**

Le partenariat d'innovation représente une opportunité pour les acheteurs publics souhaitant une réponse innovante à leurs besoins.

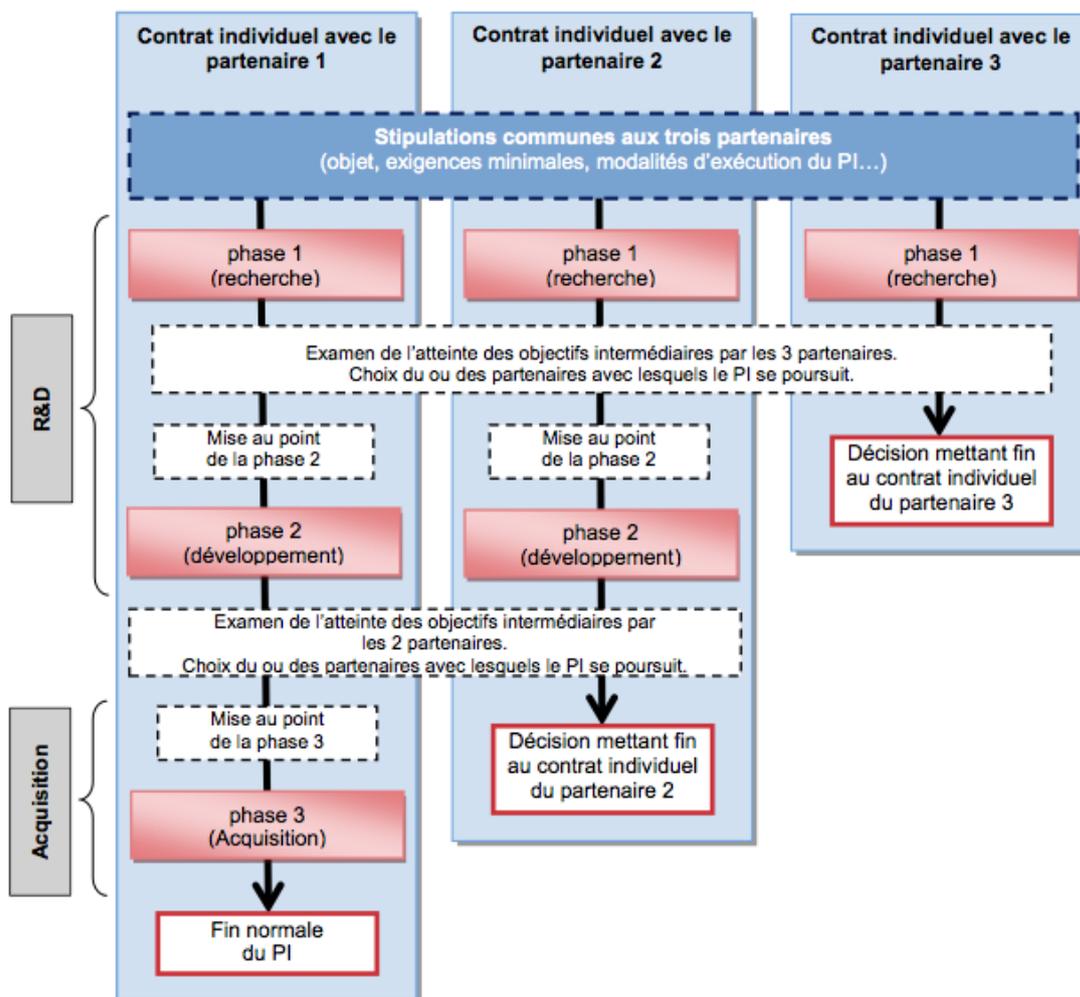
Lors de sa passation l'acheteur public jouit d'une liberté certaine. L'encadrement de la procédure est souple et la négociation permise. Néanmoins, les cas dans lesquels il est possible de recourir à ce type de contrat pourraient opportunément être précisés pour sécuriser davantage la procédure.

Le pouvoir adjudicateur doit en outre trouver un juste équilibre entre ses besoins, les objectifs intermédiaires fixés et le niveau de capacité exigé des candidats au marché.

Surtout, il doit anticiper les conséquences juridiques de tous ses choix, notamment au regard de la propriété intellectuelle et du respect du principe d'égalité de traitement des opérateurs.

Un contrat fragile peut compromettre la réussite du partenariat et présente un risque contentieux important. Le partenariat d'innovation ne paraît pas adapté aux acheteurs publics sans capacité de contrôle et sans un service juridique adapté.

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



Source : DAJ, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, 2014.

### III.3. Les autres contrats de la commande publique et les leviers permettant de faciliter le développement des projets d'innovation urbaine

Les autres contrats de la commande publique ne paraissent pas aussi adaptés que le marché public pour mener à bien le développement d'un projet d'innovation urbaine.

Toutefois, ces outils contractuels peuvent indirectement favoriser la réalisation et le développement des projets d'innovation urbaine.

#### III.3.1. Le contrat de partenariat

Créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 codifiée aux articles L. 1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT), le contrat de partenariat ne doit pas être confondu avec les autres formes de partenariat public-privé, comme le partenariat d'innovation (voir ci-dessus).

C'est un contrat administratif global autorisant une collectivité publique ou un établissement public local à confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps.

Il a pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais et conditions les projets qui présentent un caractère d'urgence, de complexité ou d'efficience économique pour la personne publique.

En recourant à un contrat de partenariat, la personne publique choisit en une seule fois les partenaires qui assureront le financement du projet, son architecture, sa construction, son exploitation, sa maintenance et son entretien. C'est pourquoi, ces contrats sont souvent conclus avec des grands groupes.

Eu égard à leurs caractéristiques, les contrats de partenariat devront être réservés aux projets d'innovation urbaine nécessitant des investissements particulièrement conséquents devant être amortis sur une période relativement longue.

### **III.3.2. Les délégations de service public, concessions de travaux publics et concessions d'aménagement**

Les caractéristiques des délégations de service public (articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT), des concessions de travaux publics (articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT) et des concessions d'aménagement (articles L. 300-1 et s. et L. 311-1 et s. du code de l'urbanisme) n'en font pas des instruments forcément adaptés à la mise en œuvre d'un projet d'innovation.

En premier lieu, les montages publics concessifs sont classiquement utilisés pour mettre en œuvre des projets de long terme. Ils impliquent, en effet, dès lors que la réalisation de l'ouvrage ou de l'équipement est à la charge du cocontractant, une durée d'exploitation garantissant l'amortissement des investissements.

En deuxième lieu, les montages concessifs supposent l'identification d'usagers du service ou de tiers qui constituent la principale source de rémunération de l'exploitant, la rémunération de ce dernier devant être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

En troisième lieu, les montages concessifs ont des objets précis et définis par les textes qui peuvent s'avérer inadaptés aux frontières des démonstrateurs. À titre d'exemple, la délégation de service public porte sur l'exploitation d'un service public. En l'absence de ce dernier, le recours à ce type de contrat n'est pas permis. Il en résulte que ces outils juridiques ne fournissent pas forcément un cadre juridique adapté à la réalisation des projets d'innovation urbaine.

Toutefois, les montages concessifs offrent une certaine souplesse dans la rédaction des conventions de nature à prendre en compte des considérations liées à la bonne réalisation des projets d'innovation urbaine. Ces outils contractuels laissent, en effet, une certaine marge de manœuvre aux cocontractants qui peuvent ainsi prévoir de mettre à disposition ou d'utiliser les infrastructures ou les services qui sont l'objet de ces différentes conventions dans un but de faciliter la réalisation de projets d'innovation urbaine.

Si la convention (DSP, concession de travaux publics ou concession d'aménagement) ne prévoit pas de disposition de nature à faciliter l'interaction avec un projet d'innovation urbaine, l'autorité concédante et son concessionnaire peuvent se rapprocher pour signer une Charte partenariale dont l'objet serait précisément de favoriser les projets urbains qui permettent d'améliorer la vie des administrés.

Si ces chartes ont en général une valeur contraignante limitée, elles témoignent d'une réelle volonté des acteurs locaux de prendre en compte l'environnement dans lequel s'inscrivent leurs activités.

## IV. La réalisation d'un projet d'innovation urbaine impliquant l'occupation de l'espace public

Les interactions entre les projets d'innovation urbaine et l'espace public sont, par nature, nombreuses. De tels projets ayant vocation à s'inscrire dans un environnement urbain, l'occupation de l'espace public est très souvent indispensable à la bonne réalisation du projet.

Or, une telle occupation doit respecter un cadre juridique plus ou moins contraignant en fonction de la nature du domaine – domaine public ou domaine privé – qui doit être occupé.

### IV.1. La distinction domaine public/domaine privé et son incidence dans le cadre d'un projet d'expérimentation urbaine

Le patrimoine des personnes publiques est divisé en deux catégories de biens.

Il y a, d'une part, les biens qui relèvent du domaine public de la personne publique et, d'autre part, les biens qui relèvent de son domaine privé.

L'article 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), adopté en 2006, énonce que : « *sous réserves de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionné à l'article L1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affecté à l'usage direct du public soit affecté à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* »

Le domaine public comprend notamment la voirie communale ou départementale, les églises et les cimetières, ainsi que les biens immeubles ouverts au public ou aux usagers des services publics (mairies, stades, collèges, lycées...).

Pour savoir si un bien appartenant à une personne publique fait partie de son domaine public, il convient de procéder en deux temps. Il faut dans un premier temps vérifier si le bien fait partie du domaine public de la personne publique en vertu d'une disposition législative spéciale (comme celles relatives au domaine public routier, au domaine public maritime, aérien ou encore ferroviaire). En cas de réponse négative, il convient dans un second temps de vérifier si le bien est directement affecté à l'usage du public ou s'il est affecté à un service public et a fait l'objet d'un aménagement indispensable à cet effet.

Il est intéressant de souligner, sur ce dernier point, que lors de l'adoption du CGPPP, le critère jurisprudentiel de l'aménagement **spécial**, qui avait été dégagé par le Conseil d'État à l'occasion de son arrêt du 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, a été remplacé par le critère de l'aménagement **indispensable**.

Le durcissement de cette condition traduit la volonté du législateur de restreindre ou de limiter les biens susceptibles de rentrer dans le domaine public des personnes publiques, et cela afin de les faire échapper au régime juridique particulièrement contraignant qui leur est réservé, d'en faciliter la gestion et d'en permettre éventuellement l'aliénation.

### IV.2. Les contraintes liées à la domanialité publique

Deux types de contraintes doivent être présentés et distingués.

**En premier lieu**, conformément aux dispositions de l'article L. 3111-1 du CGPPP, « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».

Le principe d'**inaliénabilité** signifie qu'il est interdit de céder, de vendre et même d'exproprier les biens incorporés naturellement ou volontairement au domaine public.

Le principe d'**imprescriptibilité** signifie que l'on ne peut acquérir par prescription, c'est-à-dire par possession prolongée, la propriété d'une dépendance du domaine public.

**En second lieu**, il est important de rappeler que l'occupation d'une dépendance du domaine public est soumise à des règles strictes qui sont énoncées aux articles L. 2122-1 et suivants du CGPPP.

En particulier, il résulte de ces dispositions que l'occupation domaniale ne peut être réalisée sans titre, qu'elle ne peut être que temporaire et que toute autorisation d'occupation est nécessairement **précaire** et **révocable**.

Au vu de ces contraintes juridiques, le porteur d'un projet d'innovation urbaine doit être particulièrement vigilant sur les points suivants :

- L'identification de la nature juridique de l'espace public dont l'occupation est nécessaire pour la réalisation du projet : y aura-t-il ou non occupation du domaine public<sup>6</sup> ?
- La réalisation du projet d'innovation urbaine implique-t-elle la construction d'ouvrage sur le domaine public ? Si oui, il convient d'anticiper les problématiques liées à la propriété de la construction et à son sort à l'issue du projet.

Les différentes caractéristiques du projet d'innovation devront être prises en compte dans le choix de la convention qu'il conviendra de conclure.

### IV.3. Les contrats d'occupation du domaine public (AOT, BEA...)

Il existe principalement trois conventions permettant l'occupation privative du domaine public.

#### IV.3.1. Les autorisations d'occupation du domaine public non constitutives de droits réels :

Les autorisations d'occupation du domaine public non constitutives de droits réels sont les conventions les plus simples mais également les plus précaires.

La convention doit prévoir la durée de l'occupation ainsi que le montant de la redevance que l'occupant doit verser et qui constitue la contrepartie du droit d'occuper le domaine public de façon privative. Le montant de la redevance doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (article L. 2125-1 à -3 du CGPPP).

Ces autorisations sont par nature temporaires (L. 2122-2 du CGPPP), et présentent un caractère précaire et révocable (L. 2122-3 du CGPPP).

Eu égard à ces caractéristiques, de telles autorisations d'occupation du domaine public ne peuvent convenir que pour certains types d'occupations, celles qui n'appellent pas d'investissements importants de la part de l'occupant.

Concrètement, l'AOT « simple » pourrait être notamment sollicitée pour la mise à disposition d'un terrain ou d'un bâtiment dans le but de réaliser un projet d'innovation urbaine n'impliquant pas de réaliser des investissements lourds.

#### IV.3.2. Les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels

Conformément aux dispositions de l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales, « *Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité* ».

Sur le fondement de cet article, le porteur d'un projet d'innovation urbaine pourrait demander une autorisation d'occupation du domaine public sur une longue durée (70 ans maximum), en application de laquelle il disposerait, pendant la durée du titre, des droits et prérogatives du propriétaire sur les ouvrages immobiliers qu'il réalise. Le droit réel peut évidemment présenter un grand intérêt pour l'occupant, puisqu'il lui facilite l'**accès au financement** dans la mesure où le droit réel conféré par le titre sur les ouvrages, constructions et installations peut être hypothéqué pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

La collectivité concernée conserve un contrôle sur la destination du bien, puisque le titre d'occupation du domaine public doit autoriser les activités qui seront exercées sur le domaine.

Une telle autorisation demeure par nature précaire et révocable, si bien que la personne publique conserve, dans l'absolu, la possibilité de la résilier de façon anticipée pour tout motif d'intérêt général. Toutefois, la portée de cette faculté doit être grandement relativisée puisqu'*« en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée »* (article L. 1311-7 du CGCT).

6. À l'inverse, en vertu de l'article L. 2221-1 du CGPPP, les personnes publiques gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables.

Enfin, l'article L. 1311-7 du CGCT dispose qu' « à l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques ».

L'AOT constitutive de droits réels serait donc une convention adaptée à la réalisation par l'occupant d'un projet d'innovation urbaine nécessitant la réalisation de travaux sur le domaine public et qui nécessiterait, en conséquence, un cadre juridique plus sécurisé que celui offert par l'AOT non constitutive de droits réels.

### IV.3.3. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

La définition du bail emphytéotique administratif est donnée à l'article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales en ces termes :

« Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie ».

Le BEA répond ainsi aux conditions suivantes :

- Il ne peut porter que sur un bien immobilier appartenant à la collectivité « bailleresse »,
- Il ne peut avoir pour objet que l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de cette collectivité,
- Sa durée ne peut être inférieure à 18 ans et supérieure à 99 ans.

Eu égard à ses caractéristiques, et notamment à la durée minimale de 18 ans, le BEA ne pourra être utilisé que dans le cadre des projets d'innovation urbaine dont la durée de réalisation est relativement longue.

### IV.4. La superposition d'affectation et les découpages en volume :

La réalisation d'un projet d'innovation urbaine peut devoir s'intégrer dans un espace au sein duquel la conjugaison des différentes contraintes liées à la domanialité devient complexe.

Deux outils peuvent alors être mobilisés pour dépasser les éventuels obstacles : la convention de superposition d'affectation, d'une part, et le découpage en volume, d'autre part.

#### Les conventions de superposition d'affectation

L'article L. 2123-7 du CGPPP énonce qu'« un immeuble dépendant du domaine public en raison de son affectation à un service public ou à l'usage du public peut, quelle que soit la personne publique propriétaire, faire l'objet d'une **ou de plusieurs affectations supplémentaires** relevant de la domanialité publique dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec ladite affectation ».

L'alinéa 2 de cet article précise, en outre, que « la superposition d'affectation donne lieu à l'établissement d'une convention pour régler les modalités techniques et financières de gestion de cet immeuble, en fonction de la nouvelle affectation ».

La superposition d'affectation se définit par le fait qu'un bien du domaine public vient recevoir une affectation nouvelle tout en conservant sa destination initiale. Le bien concerné n'est pas devenu inutile pour la personne en charge de l'affectation initiale, il y a donc **cumul** ou **superposition** d'affectations publiques sur le bien concerné. La dépendance domaniale va relever simultanément de deux régimes de domanialité publique et elle va dépendre de deux personnes publiques différentes.

Par exemple, sont considérées comme des superpositions d'affectation certains ouvrages d'art comme les passages à niveau qui relèvent simultanément du domaine public routier et du domaine public ferroviaire.

### **Les découpages en volume**

Certaines configurations peuvent également nécessiter le recours au découpage en volume accompagné, le cas échéant, d'un déclassement.

Cette technique est notamment utilisée en présence des ensembles immobiliers complexes pour lesquels il devient nécessaire de circonscrire la partie relevant du domaine public de la personne publique.

À titre d'exemples, l'aménagement de la dalle de la Défense et de la Gare Montparnasse a nécessité le déclassement en volume des parties non directement liées à l'usage direct du public ni à l'exercice d'une mission de service public.

### **La prégnance des problématiques de domanialité publique dans la réalisation des projets d'innovation urbaine**

Dans le cadre d'un projet d'innovation urbaine qui, par définition, a vocation à se dérouler dans la ville, et possiblement sur l'espace public, une attention toute particulière doit être portée à l'identification de la nature juridique des espaces qui ont vocation à être occupés.

Lorsque la réalisation du projet implique l'occupation du domaine public, une convention d'occupation domaniale doit être conclue entre le porteur du projet et la personne publique concernée.

Cette convention qui peut prendre des formes différentes (AOT avec ou sans création de droits réels, BEA) doit prévoir la durée de l'occupation, la redevance qui sera versée en contrepartie et doit traiter du régime des biens qui pourraient être construits sur le domaine public.

En outre, lorsque l'espace public nécessaire à la réalisation d'un projet d'innovation urbaine s'inscrit dans un espace immobilier complexe, les techniques du déclassement en volume et de la superposition d'affectations peuvent être mobilisées.

## V. Les contraintes liées au financement public des projets d'innovation urbaine

Les interventions de personnes publiques pouvant notamment prendre la forme de subventions, prêts bonifiés, avances remboursables, doivent être conformes au **droit européen des aides d'État (V.1.)**, d'une part, et s'agissant des collectivités territoriales au **droit interne des aides publiques (V.2.)**, d'autre part.

Par ailleurs, le financement par plusieurs personnes publiques d'un même projet – bien que strictement encadré – est possible et peut être un outil judicieux pour associer les différents échelons territoriaux et faciliter le financement des projets d'innovation urbaine **(V.3.)**.

### V.1. Le cadre européen :

La participation des acteurs publics au financement d'un projet d'innovation urbaine doit être menée dans le respect des règles relatives aux aides d'État qui sont prévues aux articles 107 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Deux hypothèses doivent être distinguées :

- la mesure n'est pas une aide d'État **(V.1.1.)**,
- la mesure peut être qualifiée d'aide d'État **(V.1.2.)**.

#### V.1.1. L'absence de qualification d'aides d'État

Deux cas de figure peuvent être distingués :

##### > l'intervention des personnes publiques respectant le critère de l'investisseur avisé en économie de marché

Il convient de souligner que la prise de participation par les personnes publiques au capital d'une entreprise ne tombe pas sous la qualification d'aide d'État lorsque cette prise de participation s'inscrit dans une logique d'investisseur avisé.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne juge de manière constante que : « *Pour déterminer si l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise sous quelque forme que ce soit, présente le caractère d'une aide étatique au sens de l'article [107] du traité, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé, d'une importance qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de cette importance* » (CJCE, 21/03/1991, *Italie c/ Commission*, C-303/88).

##### > l'intervention de la personne publique dans le cadre des SIEG

Dans l'hypothèse où le projet d'innovation urbaine répond à la qualification de service d'intérêt économique général (SIEG), la participation financière de la personne publique peut échapper à la qualification d'aide d'État dès lors que certaines conditions sont réunies.

Il convient d'abord de rappeler que trois critères doivent être remplis pour pouvoir retenir la qualification d'un SIEG :

- L'activité doit être de caractère économique ;
- L'activité doit être confiée à une entreprise par un acte exprès de la puissance publique ;
- L'activité est d'intérêt général.

Dans son arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark*, la Cour de justice a jugé que le financement public dont bénéficie une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG ne correspond pas à une aide d'État lorsque quatre conditions sont remplies :

- Les obligations de service public auxquelles est tenue l'entreprise bénéficiaire sont clairement définies ;
- La compensation financière est établie sur la base de critères objectifs et transparents ;
- La compensation financière est limitée à ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionés par l'exécution des obligations de service public ;
- La compensation est accordée au terme d'une procédure de marché public ou en retenant les coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus.

### V.1.2. La mesure correspond à une aide d'État

L'article 107, paragraphe 1, du TFUE définit l'aide d'État comme toute aide accordée par un État membre ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui fausse ou qui menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure où elle affecte les échanges entre États membres.

Les règles d'aides d'État s'appliquent seulement lorsque le bénéficiaire est une entreprise, c'est-à-dire toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

En principe interdites, les aides publiques peuvent être néanmoins accordées par les États membres ou leurs collectivités territoriales lorsqu'elles sont justifiées par des objectifs d'intérêt commun : seule la Commission européenne a alors la compétence de déclarer certaines aides d'État compatibles avec le marché intérieur.

Alors que toute aide d'État doit être préalablement notifiée auprès de la Commission européenne afin qu'elle en examine la compatibilité, certaines aides d'État sont exonérées de l'obligation de notification préalable dès lors :

- qu'elles entrent dans le champ d'application d'un règlement d'exemption ou d'un régime d'aides d'État autorisé. La Commission européenne, habilitée par le Conseil, a ainsi publié plusieurs règlements d'exemption. En particulier, la Commission a adopté le 17 juin 2014 le Règlement n° 651/2014 *déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité*. Ce règlement – appelé Règlement général d'exemption par catégories – est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Ce texte constitue une étape importante de la modernisation de la politique en matière d'aides d'État et doit permettre aux États membres d'octroyer un plus grand nombre de mesures d'aide pour des montants plus importants sans avoir à les notifier au préalable à la Commission pour autorisation. Ce texte prévoit des dispositions particulières pour les aides à la recherche, au développement et à l'innovation, les aides à la protection de l'environnement ou encore les aides en faveur des infrastructures locales.
- que le montant des aides est inférieur au seuil de *minimis*. Le règlement n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides de *minimis* prévoit qu'une même entreprise peut recevoir jusqu'à 200.000 euros d'aides cumulées sur une période de trois exercices fiscaux.

Pour les autres aides, une notification est obligatoire. À défaut de notification, l'aide est illégale et doit, si elle est incompatible, être remboursée par les entreprises bénéficiaires. Les entreprises doivent, dans cette hypothèse, rembourser les sommes versées assorties d'intérêts de retard.

#### **Focus sur les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne en matière de protection de l'environnement et d'énergie pour la période 2014-2020**

Le 9 avril 2014, la Commission européenne a adopté les *Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020*. Elles remplacent celles adoptées en 2008 (JOUE du 1<sup>er</sup> avril 2008, C 82/1).

Ces lignes directrices s'inscrivent dans le processus de modernisation initié par la Commission européenne pour l'appréciation et l'application des règles de concurrence et plus précisément les règles en matière d'aides d'État.

Dans cet instrument de *soft law*, qui n'a pas en lui-même de valeur contraignante à l'égard des États membres et des tiers, la Commission européenne précise la méthode retenue pour évaluer la compatibilité des dispositifs qui lui sont notifiés.

Elle précise à cet égard que « *Pour évaluer si une mesure d'aide notifiée peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur, la Commission analyse généralement si l'aide est conçue de telle façon que ses effets positifs liés à la réalisation d'un objectif d'intérêt commun l'emportent sur ses effets négatifs potentiels pour les échanges et la concurrence* ».

La Commission aborde explicitement la question des projets innovants qu'elle vise en utilisant l'expression de « projet de démonstration ».

Selon la Commission, un projet de démonstration est « *un projet montrant une technique inédite dans l'Union et représentant une innovation importante dépassant largement l'état de la technique* » (point 45).

Elle estime que les aides publiques participant au financement des projets de démonstration doivent bénéficier d'un traitement allégé. En particulier, si de manière générale la Commission estime que les aides doivent être accordées à l'issue d'une procédure de mise en concurrence (notamment dans le cadre du soutien aux énergies renouvelables), il en va différemment pour les projets de démonstration. Elle souligne ainsi que « *Des exceptions spécifiques sont prévues pour les installations d'une certaine taille pour lesquelles on ne peut supposer qu'une procédure de mise en concurrence est appropriée ou pour les installations qui se trouvent en phase de démonstration* » (point 111).

**Il se déduit des lignes directrices de la Commission européenne que le soutien financier public apporté aux projets d'innovation bénéficie d'un régime juridique plus souple.**

## V.2. Le cadre national : les aides au développement économique et les aides aux associations innovantes justifiant un intérêt public local

En complément du cadre juridique européen, le versement des aides est encadré par le droit interne. De manière générale, il convient de souligner que le versement des aides aux entreprises est conditionné au rattachement de chaque aide au régime de droit commun défini par le Code général des collectivités territoriales au niveau local ou à un régime spécial prévu par un texte spécifique.

Ainsi, faute de pouvoir se rattacher à un régime particulier, l'aide est illégale (Conseil d'État, 6 juin 1986, *Département Côte d'Or*, n°58463). Toute collectivité territoriale ou tout groupement de collectivités territoriales doit donc explicitement placer son intervention sous un régime légal ou réglementaire (voir en ce sens TA Dijon, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Préfet Saône-et-Loire*).

Le régime de droit commun applicable aux interventions des collectivités territoriales en matière de développement économique est défini par les articles L. 1511-1 à L.1511-3 du CGCT.

De manière générale, le versement d'une subvention par une collectivité territoriale doit répondre à un **intérêt public local**, c'est-à-dire que l'action du destinataire de l'aide doit avoir un caractère bénéfique pour les habitants ou le territoire de la collectivité qui subventionne.

## V.3. Les relations financières entre personnes publiques : la problématique des financements croisés

Les « financements croisés », c'est-à-dire l'intervention financière cumulée de plusieurs personnes publiques sur une même opération publique sont à la fois critiqués et reconnus nécessaires.

Deux cas de figure doivent être distingués : la personne publique agit dans le cadre de ses compétences ou hors de ses compétences.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque la personne publique agit dans le cadre de ses compétences, la personne publique est relativement libre et peut, si elle le souhaite, participer au financement d'une activité ou d'un projet entrant dans ce champ.

La seule limite est énoncée à l'article L. 1111-10 du CGCT et concerne la participation minimale du maître d'ouvrage au financement du projet.

Une circulaire du Ministre de l'intérieur, en date du 5 avril 2012, précise à cet effet que :

« *Le législateur, à travers la loi de réforme des collectivités territoriales, n'a pas souhaité encadrer les modalités des interventions financières des collectivités territoriales dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues par la loi, sous réserve de l'application des dispositions du III de l'article L. 1111-10 précité relatives à la participation minimale du maître d'ouvrage et de l'article L. 1611-7 du code général des collectivités territoriales relatives à l'interdiction du cumul de subventions* ».

L'intervention des personnes publiques dans le financement de projets dont l'objet ne relève pas de leurs compétences peut être plus délicate et suppose d'être envisagée au cas par cas en tenant compte de la nature des personnes publiques concernées.

Si le cadre juridique est plus contraint, des mécanismes existent. À titre d'illustration, on peut citer le dispositif du fonds de concours qui permet une participation financière à la réalisation ou au fonctionnement d'un équipement entre un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre et ses communes membres (voir notamment les articles L. 5214-16, L. 5215-26 et L. 5216-5 du CGCT).

## VI. Les aspects liés au traitement des données et aux droits de propriété intellectuelle

À l'instar de tout projet innovant, les projets d'innovation urbaine nécessitent d'apporter une attention particulière au traitement des données et à la gestion des droits de propriété intellectuelle.

Qu'il s'agisse de protéger les tiers – futurs usagers ou utilisateurs du projet – ou les protagonistes – personnes publiques ou opérateurs privés –, un certain nombre d'outils juridiques peuvent être utilement mobilisés.

### VI.1. La gestion et la protection des données

#### 1 – Données à caractère personnel

Les projets d'innovation urbaine ont souvent comme but d'offrir aux habitants de la collectivité concernée des nouveaux services ou d'optimiser ceux dont ils bénéficient déjà en individualisant les prestations offertes. L'innovation est alors rendue possible grâce à la collecte et à un traitement plus fin des données sur les habitudes de consommation ou la vie des individus.

#### Smart cities et vie privée : L'exemple du développement des réseaux intelligents

Les évolutions technologiques ainsi que les problématiques liées à la transition énergétique ont conduit à moderniser la gestion des réseaux de distribution d'électricité.

Cette évolution a notamment été rendue possible grâce à la diffusion des compteurs intelligents. Ces compteurs permettent de collecter de très nombreuses informations dont notamment celles concernant la courbe de charge.

La courbe de charge permet d'avoir une connaissance précise de la consommation des ménages à un pas de temps qui peut être très court. La connaissance et le traitement de ces informations peuvent permettre d'avoir de nombreuses informations sur les habitudes de vie des abonnés.

L'utilisation de ces compteurs fait donc naître des préoccupations quant à l'utilisation qui pourrait être faite des données collectées par ces nouveaux outils.

C'est dans ce contexte que la CNIL est intervenue pour formuler des recommandations par sa délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 *portant recommandation aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants*.

À travers sa délibération, la CNIL a souhaité encadrer les conditions de collecte et d'utilisation de la courbe de charge et a formulé des recommandations sur les finalités des traitements mis en œuvre, la durée de conservation des données, les destinataires des données ou encore sur l'information des personnes concernées.

**2 - Il conviendra également de veiller à assurer la sécurité et la confidentialité des données (de toute nature) dans le cadre de la mise en œuvre d'un projet d'innovation urbaine.**

### VI.2. La protection des droits de propriété intellectuelle et du savoir-faire

Les partenaires au projet d'innovation urbaine doivent mettre en place des dispositifs de nature à protéger leurs intérêts respectifs en matière de droits de propriété intellectuelle. Il s'agit, d'une part, d'identifier et protéger les éléments préexistants au projet d'innovation urbaine afin de rendre possible la réalisation du projet et, d'autre part, les éléments et droits qui naissent de la réalisation du projet lui-même et ce dans le respect des règles de concurrence<sup>7</sup>.

Les partenaires au projet d'innovation urbaine doivent, lors du choix de la configuration des modalités juridiques retenues pour la réalisation et le développement du projet, intégrer les éléments relatifs aux droits de propriété intellectuelle.

À cet égard, deux points doivent particulièrement retenir leur attention.

7. Les accords dont l'objectif est de favoriser la recherche et le développement et/ou le transfert de technologies sont souvent compatibles avec les règles de concurrence, ce que les partenaires devront s'assurer préalablement à la conclusion de tels accords (cf. les règlements d'exemption tels que le règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement).

### **Identification, protection et exploitation des connaissances antérieures :**

**En premier lieu**, les partenaires doivent identifier leurs actifs immatériels et leurs droits préexistants respectifs dans le cadre du projet d'innovation urbaine.

À cet égard, il convient d'identifier les droits de propriété intellectuelle existants : notamment tous droits d'auteur, brevets, marques, certificats d'utilité, dessins ou modèles, certificat d'obtention végétale, droits sur les logiciels, droits sur les puces et semi-conducteurs, droits des producteurs de bases de données.

Parmi ces connaissances antérieures, le savoir-faire doit également être identifié bien que ne bénéficiant pas de protection au titre de la propriété intellectuelle, mais uniquement grâce à la gestion de sa confidentialité.

Le savoir-faire désigne ici, les informations et données de toute nature et forme, notamment technique, scientifique, économique, financière, commerciale, comptable, tout plan, schéma, étude, invention, connaissance, données, formule, expérience, prototype, secret de fabrication, matériel, audit, données expérimentales et de tests, essais, pratiques, analyses, échantillons, dessins, représentations graphiques, spécifications, développements informatiques ... résultant de l'expérience testée et identifiée, qui sont à la fois i) secret et pas facilement accessibles et ii) substantielles, c'est-à-dire suffisamment importantes et utiles.

Ces éléments correspondent aux « connaissances antérieures » qui sont traditionnellement définies comme : *« 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, tels que notamment les œuvres, les logiciels, leurs mises à jour ou leurs nouvelles versions, les bases de données, les signes distinctifs, les noms de domaine, les informations, les sites internet, les rapports les études, les marques, les dessins et modèles, les inventions brevetables ou non au sens du code de la propriété intellectuelle, et plus généralement tous les éléments 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, les noms de domaine, le droit à l'image des biens ou des personnes »* (article 23.6 du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles).

Il conviendra, si cela n'a pas été effectué avant le projet, que chaque partenaire protège ses connaissances antérieures.

**En deuxième lieu**, il convient d'identifier les titulaires de ces droits / connaissances antérieures qui pourront transférer (sous une forme à définir) lesdites connaissances pour les besoins du projet et les étapes du projet (ex : phase de préfiguration, phase d'exploitation, phase de clôture ...).

**En troisième lieu**, il conviendra d'étudier au cas par cas selon le montage juridique retenu pour la mise en œuvre du projet d'innovation urbaine, quelle exploitation peut être faite de ces connaissances antérieures par une structure dédiée ou par les partenaires au projet d'innovation urbaine et de conclure les contrats adaptés. (Ex : apport à une structure dédiée ou conclusion de contrats de cession ou licence ou communication de savoir-faire entre les partenaires et les titulaires de ces connaissances antérieures, voire entre partenaires ...). La documentation juridique définira les conditions et modalités d'exploitation de ces connaissances antérieures.

### **Identification, protection et exploitation des connaissances nouvelles :**

Pour les besoins de la note, les connaissances nouvelles désignent toutes les informations et connaissances techniques et/ou scientifiques, industrielles et/ou de toute autre nature et notamment le savoir-faire, sous quelque forme qu'elles soient, susceptibles d'être protégées par un droit de propriété intellectuelle, ou non, développées dans le cadre du projet d'innovation urbaine par un ou plusieurs partenaires ou par une structure dédiée.

**En premier lieu**, à l'instar des connaissances antérieures, il conviendra d'identifier les droits de propriété intellectuelle et le savoir-faire résultant du projet d'innovation urbaine.

**En deuxième lieu**, il convient d'identifier les titulaires de ces connaissances nouvelles, notamment selon le montage juridique de mise en œuvre du projet d'innovation urbaine ; Ex : la structure dédiée, les prestataires attributaires d'un marché public ...

Dans le cas des marchés public conclus pour la réalisation d'un projet, il convient de veiller à ce que le prestataire transfère (cède) les droits de propriété intellectuelle et/ou le savoir-faire nécessaires aux porteurs du projet d'innovation urbaine.

**En troisième lieu**, il est important de prévoir le régime de propriété et les modalités d'exploitation applicables à ces produits éventuels du projet d'innovation urbaine.

L'exploitation des connaissances nouvelles peut être assurée par différents moyens : la cession ou concession des droits au profit de la structure dédiée lorsque le choix de la création d'une telle structure a été fait, ou le partage des droits entre les partenaires au projet.

Dans cette perspective, les partenaires pourraient utilement envisager de conclure un **accord de consortium** ou protocole d'accord dont l'objet serait, d'une part, de déterminer le mécanisme de protection des connaissances antérieures des différents protagonistes et, d'autre part, de déterminer le mécanisme de protection des résultats nouveaux issus de la mise en œuvre du projet.



*La plus grande attention a été portée à l'élaboration de ce document ; compte tenu de la nature des sujets, le lecteur garde la responsabilité de l'utilisation de ce vademecum, et également de la vérification de l'applicabilité des recommandations au contexte de son cas particulier.*

Étude réalisée par CMI, Seban & Associés et IFSTTAR



DÉNOUER LES PROBLÉMATIQUES COMPLEXES EST UN ART

