

Application de la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche – Prestations offertes par les organismes publics de recherche – Concurrence avec les prestataires privés de services juridiques et de propriété intellectuelle

Conseil d'État, 5 septembre 2001, n°225473, M. Guiavarc'h

La loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche (dite "loi Allègre") a assoupli les règles statutaires applicables aux chercheurs publics ¹, afin de leur permettre d'être plus facilement associés aux opérations industrielles et commerciales de valorisation de leurs innovations ². Mais cette loi a également prévu, dans le même souci de rapprochement entre le monde de la recherche publique et des entreprises innovantes, la possibilité pour les universités et les organismes publics de recherche eux-mêmes d'offrir à certaines entreprises un soutien particulier (et en particulier, ce qu'il est désormais de coutume d'appeler des prestations d'"incubation").

C'est dans ce sens que la loi de 1999 a modifié la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur ainsi que la loi du 15 juillet 1982 portant orientation et programmation de la recherche en vue de permettre aux organismes de recherche de créer en leur sein des "services d'activités industrielles et commerciales" (SAIC) et de pouvoir en vue de la valorisation de la recherche, " fournir à des entreprises ou à des personnes physiques des moyens de fonctionnement, notamment en mettant à leur disposition des locaux, des équipements et des matériels, dans des conditions fixées par décret" (article 6 modifié de la loi de 1984 codifié à l'article L. 123-5 du code de l'éducation et nouvel article 19-1 de la loi de 1982). Le décret concerné devait notamment définir "*les prestations de service qui peuvent faire l'objet de ces conventions, les modalités de leur évaluation et celles de la rémunération des établissements*". Il est intervenu le 13 septembre 2000 ³ afin de préciser, d'une part, les catégories d'entreprise susceptibles de pouvoir bénéficier des prestations d'incubation et d'assistance prévues par la loi de 1999 (en l'occurrence les "créations d'entreprises" et les "jeunes entreprises" répondant à certains critères fixés par l'article 2 du décret ⁴) et, d'autre part, le type de prestations autorisées. S'agissant de celles-ci, l'article 1^{er} les a limité à trois types d'intervention :

¹ Plus précisément ceux qui ont le statut de fonctionnaires civils des services publics visés par l'article 14 de la loi du 15 juillet 1982 sur la recherche et le développement technologique (dite "loi Chevènement"), à savoir les enseignants-chercheurs des universités, les chercheurs des établissements publics de recherche ayant soit le statut d'établissement public industriel et commercial (EPIC : CNES, IFREMER, CEA), soit d'établissement public à caractère scientifique et technologique (EPST : CNRS, INRA, INSERM, EXORSTOM, INRIA, INRETS, CEMAGREF, INED) ainsi que certains chercheurs appartenant à des entreprises publiques exerçant une mission de service public de recherche.

² Cf. notamment Taoufik Bourgo, "La loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche", *LPA*, n°37, 22 février 2000, pp. 12-18.

³ Décret n° 2000-893 du 13 septembre 2000 relatif aux conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent fournir des moyens de fonctionnement à des entreprises ou à des personnes physiques, *JORF*, 15 septembre 2000, p. 14496.

⁴ Des entreprises créées depuis moins de 2 ans, employant moins de 50 salariés, dégageant un chiffre d'affaires inférieur à 7 M Euros ou un bilan inférieur à 5M Euros et dont le capital n'est pas détenu par d'autres entreprises (sauf en cas de fond de capital-risque) à plus de 25%.

- la mise à disposition de locaux, de matériels et d'équipements ;
- la prise en charge ou la réalisation d'études de développement, de faisabilité technique, industrielle, commerciale, juridique et financière ;
- et toute autre prestation de services nécessaire à la création et au développement de l'entreprise (cette dernière formule demeurant extrêmement large et générale).

Ce sont les dispositions de ce décret d'application de la loi sur l'innovation et la recherche qui ont été déférés par le biais du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État et qui ont été validées par la Haute Assemblée dans son arrêt du 5 septembre 2001. Et cet arrêt est important non seulement parce qu'il s'inscrit dans une nouvelle tendance du droit public économique mais également parce qu'il consacre juridiquement l'intervention de nouveaux acteurs publics sur le marché des prestations de valorisation et de protection de la propriété intellectuelle.

Le requérant contestait, en effet, que les organismes publics concernés puissent sans méconnaître la spécificité de leurs missions ou violer des dispositions fondamentales (telles que la liberté du commerce et de l'industrie ou les principes du droit communautaire de la concurrence) fournir des services rémunérés et concurrentiels à des entreprises (venant ainsi concurrencer directement d'autres offres de services privées émanant notamment des cabinets de conseils, qu'il s'agisse en matière juridique d'avocats ou de conseils en propriété industrielle, ou plus largement de cabinet de consultants en gestion de l'innovation ou des transferts de technologie). En d'autres termes, le recours visait à dénoncer une nouvelle forme de ce que les organismes représentatifs des professions libérales dénomment depuis longtemps "la concurrence administrative" ⁵.

Le Conseil d'État a réfuté l'ensemble de ces griefs. S'agissant tout d'abord du droit communautaire de la concurrence, le Conseil a principalement appliqué à cette question, le principe dégagé, en matière de marché public, par la jurisprudence de la Cour de Justice du 7 décembre 2000 qui avait considéré que ne constituait pas un violation des règles communautaires de passation des marchés le seul fait que "*le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public de services des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs co-soumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions.*" ⁶ Le Conseil d'État s'était en effet immédiatement aligné sur cette jurisprudence dans son propre arrêt Société Jean-Louis Bernard Consultants rendu en novembre 2000 ⁷.

Appliquant ces principes au contenu des dispositions réglementaires contestées, l'arrêt affirme donc nettement que "ni le principe d'égalité de traitement, ni les articles 81 CE, 82 CE et 87 CE (articles 85, 86 et 92 anciens) n'interdisent à une personne publique, en raison

⁵ Cf. notamment le rapport du Professeur François Luchaire, "Rapport sur les relations entre les services publics et les professions libérales", publié par l'Union nationale des associations de professions libérales, 19 septembre 1983 ; plus récemment les "Propositions pour la réforme et la modernisation des professions libérales françaises" rendues publiques par la Chambre nationale des professions libérales (CNPL) en 2002.

⁶ CJCE, 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft.

⁷ Conseil d'État, Section du contentieux, 7ème et 5ème sous-sections réunies, n° 222208, 8 novembre 2000 - Société Jean-Louis Bernard Consultants, *Rec. Lebon*, 2000, p. 492 ; *A.J.D.A.*, 20 décembre 1992, p. 987.

de sa nature, d'assurer des prestations de services sur un marché et que *"que si des différences existent entre les conditions de fonctionnement des établissements publics administratifs et des opérateurs privés sur un marché, notamment en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, celles-ci n'ont ni pour objet, ni pour effet de placer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les autres opérateurs privés et qui leur permettrait de fausser le jeu de la concurrence sur un marché."* Et quant à savoir si – comme le prétendait le requérant - le mécanisme mis en place par le décret pouvait être considéré comme une aide publique prohibée par le nouvel article 87 du traité de l'Union européenne, le Conseil s'est contenté prudemment de rappeler que cette prohibition des aides d'État *"ne créent pas pour les particuliers de droits dont ceux-ci puissent se prévaloir devant une juridiction nationale"*.

L'arrêt rejette également tous les autres griefs formulés à l'encontre du décret, même si sa motivation est parfois plus succincte. Outre une discussion sur l'étendue des compétences réglementaires découlant de la loi de 1999, le Conseil réfute notamment un argument intéressant qui touchait à la nature juridique de certains des services que le décret permet aux établissements concernés d'offrir (on peut penser notamment à des conseils ou à de l'assistance dans les montages de société, dans les procédures de propriété industrielle ou dans la rédaction de contrats d'exploitation des technologies valorisées). Le recours cherchait à établir que cette offre de services juridiques pouvait constituer une atteinte au monopole du droit institué par la loi 31 décembre 1971 modifiée sur les professions judiciaires et juridiques. Mais relevant que la loi de 1971 telle qu'elle a été modifiée en 1990 prévoit que les organismes chargés d'une mission de service public peuvent donner des consultations juridiques dans l'exercice de cette mission, le Conseil en conclut que dès lors que la valorisation des travaux de recherche est une des missions des établissements concernés, le décret attaqué peut dans ce but les autoriser à *"fournir des études de faisabilité juridique ou d'autres prestations juridiques nécessaires à la création et au développement de certaines entreprises"*.

De même, le Conseil d'État répond très brièvement au grief (classique dans toutes les questions de droit public économique) de la supposée incompatibilité du texte avec le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie. Plutôt que de discuter ce point, le Conseil se contente de relever que *"le décret attaqué n'a pas porté au principe de la liberté du commerce et de l'industrie d'autres atteintes que celles qui sont prévues par la loi du 12 juillet 1999 elle-même"*, ce qui le met à l'abri de toute critique, puisque la limitation des libertés publiques relève de la seule compétence législative.

Mais par ce simple considérant succinct, l'arrêt touche en réalité le cœur du débat qu'a eu à trancher la Haute Assemblée : en reprochant au décret du 13 novembre 2000 de méconnaître différents principes juridiques majeurs qui gouvernent traditionnellement la distinction entre les activités publiques et privées, le recours visait en réalité à remettre en cause les dispositions mêmes de la loi du 12 juillet 1999 concernant les prestations d'incubation que pourraient fournir les SAIC. Or il n'appartient pas à la juridiction administrative d'exercer un contrôle sur la constitutionnalité des actes législatifs et ceux-ci font "écran" à ce que les actes réglementaires pris pour leur application puissent être censurés pour les mêmes motifs. Le seul cas dans lequel le juge administratif s'autorise néanmoins à exercer un certain contrôle concerne la question de la compatibilité entre un texte législatif et une disposition de droit communautaire ou international. C'est la raison pour laquelle ce n'est que lorsque le Conseil a écarté le grief de contrariété avec les articles

des traités communautaires sur la concurrence, qu'il a – dans ce seul considérant – relevé que "*les dispositions législatives précitées (...) ne sont pas incompatibles avec les stipulations des articles précités du traité du 25 mars 1957*", indiquant bien là que c'est en réalité les dispositions même de la loi de 1999 qui étaient critiquées et dont le requérant recherchait indirectement la censure par le biais du recours contre le décret. S'agissant des autres motifs de nullité, en revanche, la marge d'appréciation du Conseil d'État demeurerait bien étroite dès lors que ce décret ne fait que mettre en œuvre les dispositions même adoptées par le législateur.

Indiscutable donc sur le plan du strict droit administratif, l'arrêt du Conseil d'État laisse s'installer une situation dans laquelle les organismes publics d'enseignement et de recherche, qui de plus en plus créent autour d'eux des "pépinières" d'entreprises, vont pouvoir devenir des prestataires de service quasi-obligatoires pour les créateurs et les jeunes entreprises qui s'y installent. On peut donc craindre que si la formule a du succès, elle n'engendre à terme des contentieux délicats du point de vue des pratiques concurrentielles, qui retourneront – suivant les cas et les établissements mis en cause – devant les juridictions administratives ou devant les tribunaux judiciaires.

Bertrand Warusfel