



HAL
open science

L'innovation technologique et le droit

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L'innovation technologique et le droit. Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation , 2022. hal-03595095

HAL Id: hal-03595095

<https://hal.science/hal-03595095v1>

Submitted on 3 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'innovation technologique et le droit

Marie Cartapanis

Maître de conférences à Aix-Marseille Université

Centre de droit économique (UR4224)

(1.)Énergie solaire, voitures électriques, médecine génétique, robot médical, vaccin à ARN messenger, télétravail, plateformes d'intermédiation, moteurs de recherche... qu'il s'agisse de notre vie quotidienne ou de notre santé, l'innovation apparaît incontournable. « Tout remède est une innovation, et quiconque fuit les remèdes nouveaux appelle de nouveaux maux ; car le plus grand de tous les novateurs, c'est le temps. Or, le temps changeant les choses en pis, si l'homme, par sa prudence et son activité ne s'efforce pas de les changer en mieux, quand verra-t-il la fin de ces maux¹ ? » s'interrogeait déjà Francis Bacon.

Cet impératif d'innovation conduit à une diversification des domaines dans lesquels elle intervient. Alors que l'innovation était initialement une notion introduite dans la théorie économique par Schumpeter, en 1911, la société est désormais imprégnée dans sa globalité par l'innovation. C'est ce que d'aucuns dénomment la « société d'innovation ». L'innovation est désormais protéiforme : elle est sociale, culturelle, financière, institutionnelle, politique... L'innovation est aussi polysémique : elle est ouverte, collaborative, perturbatrice, voire *disruptive* ou prédatrice...

(2.)Le droit ne pouvait rester étranger à ce constat. D'abord, pour permettre aux facultés et aux établissements publics de porter en recettes les produits des opérations de recherche. Ensuite, avec la loi du 15 juillet 1982 n° 82-610, pour poser les principes liés à la valorisation de la recherche. À l'échelle européenne, l'innovation est également un objectif consacré, puisque selon l'article 3, 3 TUE, l'Union européenne promeut le « progrès scientifique et technique ». Tout récemment enfin, d'aucuns examinaient l'existence d'un « droit de l'innovation »², et un ancien premier président de la Cour de cassation s'interrogeait sur le défi que représente l'innovation pour les juges³.

C'est dans le domaine des technologies et de leur rôle dans les économies de marché que le concept d'innovation est particulièrement mobilisé. Qu'en est-il, dès lors, des rapports entre le droit et l'innovation technologique ? Faut-il figer la notion dans un texte à valeur normative ? À l'image de celle d'« entreprise », l'innovation est probablement une notion résistante à la définition juridique. Le terme renvoie à un phénomène pluriel et s'oppose à l'équation « une notion / un régime ». Les risques d'une définition trop étroite et inexacte ou trop imprécise et générique de l'innovation sont bien présents. Qu'en est-il, dès lors, des rapports entre le droit et l'innovation technologique ? Si l'appréhension de l'innovation par le droit peut être délicate (I), la réception juridique de l'innovation est manifeste (II).

¹ Francis Bacon, *Essai de morale et de politique*, 1625.

² L. Vallée, « Un droit de l'innovation ? », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 52.

³ G. Canivet, « La Cour de cassation au défi de l'innovation », *RTD civ.* 2021.331.

I. L'appréhension de l'innovation

(3.) En économie, l'innovation est définie par l'OCDE comme la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré. On peut donc déceler deux éléments clefs pour caractériser l'innovation.

D'abord, elle suppose la mise en œuvre d'actions multiples, de la part d'acteurs divers, avant d'être introduite sur le marché. En ce sens, l'innovation est un *processus* marchand. Dans ce cas, la distinction s'opère selon la proximité de l'activité avec le marché.

Ensuite, l'innovation se matérialise, à des degrés variables, dans un produit ou un procédé. En ce sens, l'innovation est un *résultat* marchand. Il convient dès lors de distinguer les innovations radicales et les innovations incrémentales. Car si l'amélioration doit être *sensible*, son degré peut varier. Une innovation radicale recouvre l'apparition d'un produit ou d'un procédé qui n'existait pas auparavant et qui a un impact significatif sur le marché. La nouveauté est totale. Tel fut le cas, par exemple, de l'internet (procédé) ou de l'ordinateur (produit). En revanche, l'innovation incrémentale se traduit par une amélioration de ce qui préexistait. La nouveauté est partielle. Tel est le cas, notamment, des améliorations successives de logiciels déjà commercialisés. Tout ceci rend bien plus complexe, par exemple, la délimitation du marché pertinent en matière d'abus de position dominante⁴.

(4.) En droit, la définition de l'innovation pose donc question. En tant que phénomène évolutif, son étude est « toujours dangereuse » disait Flaubert⁵. L'innovation, par ailleurs, est animée par un arrachement à la tradition, alors que le juriste est attaché à la stabilité et à la permanence des normes⁶. Cette difficulté est renforcée par le caractère incertain de l'innovation. Si elle n'est pas hasardeuse, elle peut être imprévisible. Or, le juriste se penche sur ce qui est prévisible, compréhensible, pour l'insérer dans des normes abstraites, capables de saisir les faits. À ce jour, l'innovation ne fait donc l'objet d'aucune définition juridique communément acceptée. Les ouvrages généraux en langue française portant sur les liens entre l'innovation et le droit sont d'ailleurs peu nombreux⁷ et les recherches concernent davantage les rapports entre la technologie et le droit.

Quant au législateur, il fait référence plus ou moins directement à l'innovation. Alors que la consécration légale d'un « principe d'innovation », très contestée, fut rapidement abandonnée en France, ce principe figure désormais dans l'ordre juridique de l'Union européenne au sein du règlement UE n° 2021/695. En droit interne, les références directes à l'innovation apparaissent, par exemple, à l'article L. 111-1 du Code de la recherche ou dans le Code de l'énergie selon lequel « la recherche et l'innovation constituent un axe majeur de la politique de transition énergétique » (art. 144-1 A). Mais, dans ces cas, l'innovation n'est mentionnée que comme un objectif et ne fait, là encore, l'objet d'aucune définition.

⁴ V. notre ouvrage : *Innovation et droit de la concurrence*, Varenne, LGDJ, 2018.

⁵ *Dictionnaire des idées reçues*, 1913.

⁶ L. Vallée, *op. cit.*, p. 27.

⁷ V. J. Mestre et L. Merland (dir.), *Droit et innovation*, PUAM, 2013 ; P.-D. Cervetti (dir.), *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation, réflexions autour d'un droit en devenir*, PUAM, 2015.

(5.) *In fine*, l'appréhension par le juriste de l'innovation ne se manifeste pas tant par sa définition, qui risquerait d'être soit insuffisante, soit trop englobante, que par ses applications. Le contenu évolutif de la notion est ainsi préservé, et c'est à travers le prisme du droit des nouvelles technologies et des droits de propriété intellectuelle qu'elle est appréhendée. On peut ainsi se référer au droit des brevets. L'innovation se matérialiserait alors par une « invention nouvelle impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle » (Art. L. 611-10 CPI). Mais l'invention ne peut être confondue avec l'innovation. Certes, l'invention fait appel à l'idée de nouveauté, mais alors que l'invention est *susceptible* d'application industrielle, l'innovation doit être effectivement appliquée pour être considérée comme telle.

II. La réception de l'innovation

Dans un mouvement réciproque, l'innovation produit des effets sur le droit lequel, à son tour, produit des effets sur l'innovation.

(6.) Le droit agit sur l'innovation à trois égards : il l'accueille, il l'encourage, il l'encadre.

Premièrement, le droit peut *accueillir* l'innovation en garantissant la liberté d'innover. L'innovation peut constituer, pour l'entreprise, un actif à échanger et à marchander. Il importe donc d'offrir la liberté de rechercher, de matérialiser et de transmettre l'innovation. Le droit des contrats lorsqu'il organise les partenariats scientifiques et la valorisation économique de l'innovation accueille ainsi l'innovation. Tel est aussi le cas du droit du marché intérieur de l'Union européenne qui, en garantissant la libre circulation des marchandises et des personnes, assure la circulation des connaissances, du savoir et des innovations.

Deuxièmement le droit peut *encourager* l'innovation. Les droits de propriété intellectuelle, par exemple, encouragent l'innovation sous la forme d'une « récompense » et d'une perspective de profit : le droit exclusif d'exploitation. L'exonération pour risque de développement joue également ce rôle en réduisant les risques encourus par l'innovateur. En outre, le secret, le savoir-faire, la fiscalité, lorsqu'elle est incitative, et les aides publiques encouragent l'innovation.

Troisièmement, le droit peut *encadrer* l'innovation et ses manifestations néfastes. D'un point de vue économique, le concept d'innovation n'inclut guère de critère normatif : il n'y a pas, pour les économistes, d'innovation vertueuse ou dangereuse. Pourtant, au rebours de cette neutralité, les juristes doivent se souvenir que même lorsque l'innovation est souhaitée, elle peut faire naître des dangers. La règle se renouvelle pour s'adapter à l'évolution de son environnement. Par exemple, l'apparition de l'automobile et son intégration dans la société ont engendré la création d'un arsenal juridique : permis de conduire, code de la route, assurance obligatoire... Les exemples récents, tels que le droit des logiciels et les règles relatives à la protection des données à caractère personnel, sont légion.

Le droit encadre également l'innovation parce qu'il est le véhicule de choix sociétaux. Outre les enjeux éthiques, encadrer l'innovation c'est aussi, en amont, minimiser les risques de dommages qu'elle peut causer – l'on voit émerger le principe de précaution, et, en aval, assurer la réparation

des dommages qui auraient été causés par une innovation – l'on pense au droit de la responsabilité civile (et notamment l'article 1245 du Code civil).

(7.) Le droit est lui-même saisi par l'innovation. Cet enjeu est bien connu du juriste. Les techniques numériques, la dématérialisation, les algorithmes de recherche, les *blockchains*, le *big data* se veulent des outils d'amélioration du droit et de la recherche juridique que le juriste doit s'approprier. Au droit, donc, de se saisir de l'innovation pour mieux la maîtriser. La tendance est forte, et il est fort possible que, rétrospectivement, les juristes des générations suivantes considèrent que ce premier quart du XXI^e siècle a été le théâtre d'une révolution juridique. Il faut donc s'en saisir, avec suffisamment de conviction, mais avec prudence car l'innovation, disait encore Francis Bacon, présente toujours un risque d'aggraver les maux, et il faut avancer au rythme du temps.