

# L'innovation



Entretien avec  
**Marie-Anne  
Frison-Roche,**  
Professeur de  
l'Université  
Paris-Dauphine

### **Droit & Patrimoine : Le droit favorise-t-il l'innovation ?**

**Marie-Anne Frison-Roche :** On peut répondre en plusieurs temps, se demander de quelle innovation il s'agit, mesurer si le droit favorise celle-ci, et si, au-delà, on doit fixer au droit comme objectif d'inciter à l'innovation.

Tout d'abord, l'innovation dont il s'agit est l'invention au sens technique que lui accorde le droit des brevets, puis au sens de plus en plus large que lui donne le droit de la propriété intellectuelle, et allant plus loin que celui-ci, le fait d'avoir des idées que d'autres n'avaient pas encore eues. En un mot, l'innovation, c'est ce qui concrétise la qualité de certains d'être créatifs.

Une fois posé cela, le premier jugement qui vient à l'esprit est celui de l'impuissance du droit en la matière, ou à tout le moins son indifférence. Que peut la loi en matière de créativité ? On dit sagement que le décret ne réforme pas les mœurs. On peut encore plus aisément affirmer que la loi ne fabrique ni la matière grise, ni l'envie de créer, ni le génie !

Il faut aller au-delà de ce premier mouvement, en revenant à l'articulation entre la science et la technique. Si l'on a pu soutenir classiquement que l'envie de connaître (ce qui correspond à la science) ne répond qu'à cette envie de connaître elle-même (conception tautologique de la science), la volonté de créer des objets techniques nouveaux (ce qui correspond plus particulièrement à l'innovation) a pour source

le désir de proposer aux autres cette invention et d'en recueillir les fruits. L'innovation relève donc du comportement économique de l'entrepreneur. En cela, si le droit demeure hésitant à se mêler de science, par exemple en admettant des appropriations ou des protections marchandes de l'information scientifique (génétique, notamment), il a au contraire toujours apporté sa puissance à la protection de cette volonté de créer des objets techniques, en offrant à l'inventeur les moyens d'en obtenir des satisfactions économiques. Ainsi, le droit de la propriété industrielle le plus classique peut se définir comme le droit de l'innovation !

D'une façon beaucoup plus générale, le droit, parce qu'il assure les droits de propriété, accorde la sécurité aux engagements de licence ou de commercialisation, fournit les cadres, notamment sociétaires, à l'appui desquels l'entrepreneur va s'élancer, favorise par nature l'innovation. C'est le lien entre l'innovation et la sécurité.

La dernière question à se poser est de savoir si le droit, au-delà de cette faveur mécaniquement opérée au profit de l'innovation, devrait être orienté par ses auteurs (législateur et juridictions, rédacteurs de contrats) afin de favoriser l'innovation. Il faut pour cela adopter une conception instrumentalisée du droit et poser l'innovation comme objectif de celui-ci. C'est ainsi que la théorie *Law and Economics* envisage le droit de la propriété industrielle, en posant comme première question la durée du droit monopolistique de l'inventeur, de sorte que les personnes soient incitées à consacrer des efforts à innover, par la perspective de rétribution que le droit privatif leur offre, sans que cette faveur juridique ne finisse par entraver le dynamisme concurrentiel du marché.

À travers cette conception, on perçoit la difficulté principale : elle n'est pas tant dans le principe d'infléchir

intentionnellement le droit pour qu'il concourt à l'innovation, mais dans l'équilibre avec d'autres fins que l'on a mis également à sa charge, notamment le fonctionnement concurrentiel des marchés. Or, l'indisponibilité du bien par laquelle l'inventeur est récompensé entre en conflit avec le principe de concurrence. Le système juridique doit alors établir des équilibres, voire des priorités. L'évolution du droit de la concurrence porte une nette trace de ces considérations. Trois exemples très divers : les contrats de recherche - développement entre entreprises échappent d'autant plus aisément à la prohibition des ententes que leur objet est consubstantiellement l'innovation ; le droit communautaire, par un règlement du 31 décembre 1996, a exprimé sa faveur pour les transferts efficaces de technologies ; l'un des griefs formulés à l'encontre de Microsoft par les juridictions américaines n'est pas tant d'avoir entravé la concurrence que d'avoir bloqué l'innovation.

Ainsi, le droit économique est en train de mettre parmi ses principes directeurs le principe de l'innovation à côté et en équilibre avec le principe de concurrence. Cela est une nouvelle manifestation de la flexibilité du droit économique, par rapport à une conception plus classique du droit des affaires.

### **D&P : À votre avis, quels sont aujourd'hui les freins à l'innovation ?**

**M.-A. F.-R. :** Pour en rester au domaine juridique, la part du droit étant relativement faible en matière d'innovation par rapport à la prégnance culturelle, aux conditions économiques globales et à l'influence première du système éducatif, on peut évoquer trois freins : le phénomène de rigidité juridique, celui du coût du droit et la lacune d'instruments juridiques de circonstance.

# en questions

En ce qui concerne la rigidité juridique, le grief est souvent fait au droit français des sociétés qu'il serait particulièrement contraignant, lourd, et rebelle au sur-mesure. Ce jugement sévère n'est sans doute plus de mise car les lois successives ne cessent de rendre plus flexible le droit des sociétés, soit à travers des formes juridiques nouvelles, soit à travers des possibilités offertes dans les formes classiques. N'oublions pas que la nouvelle conception de la société par actions simplifiée a été le fruit de la loi du 12 juillet 1999 dont l'objet était précisément de favoriser l'innovation ! De la même façon, la loi du 15 mai 2001 sur les NRE offre de nouvelles articulations dans l'organisation des pouvoirs dans la société, qui peuvent être profitables à un équilibre entre l'entrepreneur qui innove et le financier qui soutient. Plus que jamais, l'idée, si ce n'est la forme, de la commandite est appropriée en matière d'innovation. Enfin, la jurisprudence est très libérale concernant les pactes extra statutaires et les montages, dont bien peu désormais se heurtent à un grief d'abus ou de violation de règles d'ordre public. Cela dit, il est vrai que le droit anglo-américain des sociétés semble présenter encore plus de souplesse, notamment en offrant aux personnes ayant conçu l'innovation des moyens de se procurer des fonds et de recevoir des rétributions, ce que le droit français admet mal. Ce phénomène participe directement au succès de la place financière de Londres et au choix des banques françaises d'organiser à partir de celle-ci et du droit anglais les instruments plus directement appropriés au financement des entreprises innovantes.

On en arrive ainsi au deuxième grief, celui du coût du droit. Tout d'abord, le droit doit servir à rapporter de l'argent. En la matière, c'est ce qui permet de supporter sa contrainte. Il y a bien longtemps que l'innovation n'est plus, ou plus seulement, le fruit heu-

reux d'une intelligence prolifique et d'un esprit d'entreprise. L'innovation est aujourd'hui essentiellement question d'argent ; elle est foudroyée par un manque de capitaux. Que l'on songe un instant aux biotechnologies. L'argent public et l'argent privé s'y mêlent d'ailleurs, comme le font la recherche publique et la recherche privée. Le financement de l'innovation est avant tout affaires de puissance de marchés, de solidité bancaire et de politiques publiques, mais le droit y joue aussi son rôle. L'incapacité du législateur français à instaurer des fonds de pensions peut être mesurée à cette tâche-là. La seconde considération du coût du droit est plus triviale : le droit coûte trop d'argent pour celui qui requiert sa protection. Ainsi, la question des coûts des brevets, sans cesse posée, n'est pourtant guère en voie d'être réglée.

Enfin, le droit souffre de lacunes, dont les effets sur l'innovation sont directs. Sans même reprendre ici l'absence de certaines techniques financières qui prive l'innovation de sa source indispensable d'argent, il s'agit d'observer que l'innovation, parce qu'elle est liée désormais non plus tant à la science qu'au marché, n'a plus de frontière. Les seules frontières qu'il faut considérer en matière d'innovation sont les contours du marché sur lequel l'innovation va pouvoir se développer.

Il faut donc au moins penser la protection de l'innovation à travers l'espace européen. En cela, l'adoption du règlement communautaire instaurant la société européenne pourra contribuer à la mise en place de structures sociétaires de coopération de taille européenne. Mais c'est surtout en termes de protection des inventions, de brevets européens, etc., que les questions se posent aujourd'hui. Si le marché est mondial, alors la protection n'a de sens que si des accords internationaux sont pris et que leur violation est

effectivement sanctionnée. Plus encore, il faut des réseaux d'autorités de surveillance, de la concurrence ou de la propriété intellectuelle notamment, voire des autorités mondiales, comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), s'appuyant au besoin sur des accords mondiaux. L'accord TRIPS, qui prévoit, parmi les traités de l'OMC, la protection mondiale des droits de propriété industrielle, a cette ambition. À travers ce dernier exemple, on mesure que le droit ne peut d'ailleurs s'aveugler à ne servir que l'innovation. Comme on le sait, ces droits mondiaux sont contestés à propos des médicaments, des pays ayant choisi de produire des traitements génériques contre le sida. L'Organe de règlement des différends de l'OMC va devoir déterminer l'équilibre entre la protection de l'innovation et les impératifs de santé publique, freins légitimes à l'innovation, freins également protégés par le droit. On retrouve ici la nature profonde du droit : l'organisation et le maintien des équilibres entre plusieurs visées, entre plusieurs intérêts, contradictoires.

**D&P : Les juristes ont la réputation d'être des "empêcheurs de tourner en rond", sont-ils, selon vous, les mieux placés pour innover ?**

**M.-A. F.-R. :** Votre question semble en comprendre deux. Tout d'abord, une question, jouxtant la sociologie, sur la mentalité des juristes, personnages qui seraient grincheux, rétifs au changement, par nature conservateurs, selon l'expression de Georges Ripert. Cela les rendrait peu soucieux de l'innovation, voire systématiquement réticents à son égard, dès l'instant que l'innovation contient en elle-même un risque, risque technologique, risque social, risque juridique si une nullité ou une illicéité peuvent y être attachées. L'image est classique. Elle est fortement reprise à propos

d'Internet : l'emprise grandissante du droit et des juges sur ce réseau très lié à l'innovation est parfois présentée comme un recul des libertés et un handicap pour la créativité.

Mais le juriste est à l'image de son droit : à droit conservateur, dont l'objet social est la conservation des organisations, des relations, des comportements, des situations et des biens en l'état, juriste conservateur. On peut symétriquement penser qu'un droit voulu comme flexible, soit grâce à son abstraction, soit grâce à des textes qui épousent les contours des objets sur lesquels ils portent (droit de l'énergie, droit des multimédias, droit des transferts technologiques, droit des biotechnologies, etc.), qu'un droit qui se laisse désarticuler, presque tordre, engendre dialectiquement un juriste faisant bon accueil à l'innovation.

Ainsi, plus on adoptera une conception instrumentalisée du droit, notamment dans la façon dont on l'enseigne aux étudiants, plus on acceptera de mesurer le droit à ses performances, performances des dispositions textuelles, performances des articulations entre les normes, performances de l'art de juger, et plus les juristes seront sensibles au thème de l'innovation.

On arrive ainsi à la seconde dimension de la question : le juriste peut-il lui-même innover ? Oui. Vous connaissez l'aphorisme : le droit est l'école de l'imagination. Les textes ne proposent jamais que des cubes et le juriste ingénieux est celui qui construit ce qui produira solidement l'effet recherché. L'analogie est souvent faite entre le droit et l'architecture.

Au-delà de ces généralités, encore faut-il que les juristes français soient en bonne position pour inventer. On peut douter qu'ils le soient vraiment, lorsque l'on observe notamment que les innovations en matière de sociétés cotées et de techniques de financement sont désormais importées directement des États-Unis. Cette sorte d'appropriation américaine de l'innovation juridique tient bien sûr à la puissance des universités américaines, au poids réflexe

de la puissance économique et financière sur le droit, à l'effet de prestige souligné par Horatia Muir-Watt. Elle met aussi en lumière quelques faiblesses de la situation française. Soulignons en trois. Dans les entreprises françaises tout d'abord, les juristes qui devraient être associés en amont aux décisions ne le sont le plus souvent qu'en aval, pour rédiger, voire comme on appelle les pompiers quand le feu est déjà partout (le feu du pénal, notamment). De la même façon, les directions juridiques devraient avoir une place beaucoup plus élevée dans les structures, être en prises directes avec les présidents, ce qui n'est pas toujours le cas. Enfin, la tradition française n'a pas su faire naître ce respect du droit et des juges qui imprègne la culture anglaise et américaine. La France a construit le respect de la loi, ce qui n'est pas pareil. À côté de ce mythe législateur, les juristes concrets ont du mal à imposer leur innovation.

### **D&P : Existe-t-il un droit de l'innovation ?**

**M.-A. F.-R. :** Il est toujours difficile d'affirmer qu'il existe un « droit de... », ce qui supposerait la constitution d'un corps de règles articulé sur des raisonnements et des visées propres. Il ne suffit pas qu'il existe un objet particulier pour qu'il y ait un droit propre. Comme le soulignait Georges Vedel, lorsqu'il se posait la question de l'existence du droit économique, le « droit de la chaussure » n'a pas à exister. Dès lors, le « droit de l'innovation » relève-t-il d'un « droit de la chaussure », c'est-à-dire quelques dispositions éparpillées sur un objet concret, sans pouvoir prétendre constituer un droit propre ?

Dans ce sens, il faut reconnaître que nous n'avons pour l'instant que des dispositions très disparates, dès l'instant que l'on ne veut pas se contenter de dire que tout le droit de la propriété intellectuelle peut se subsumer sous l'appellation de « droit de l'innovation ». On en est réduit à évoquer la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche. Celle-ci a proposé une

nouvelle structure : l'incubateur. Il s'agit expressément de proposer une « manière de faire » juridique pour que l'innovation dont la source est dans les établissements publics (université, laboratoire de recherche, etc.) puisse « en sortir », c'est-à-dire aller sur le marché. Il s'agit d'inciter l'inventeur à se transformer en entrepreneur, spécialement dans le domaine des télécommunications et des biotechnologies. Cette articulation entre l'activité innovante dans le secteur public et son épanouissement dans le secteur privé est très délicate. Pour y aider, la loi permet aux établissements supérieurs d'enseignement et de recherche de créer un « incubateur », qui prendra le plus souvent la forme d'un groupement d'intérêt public. Les jeunes chercheurs, ou étudiants en fin d'études, peuvent solliciter l'aide de cet incubateur. Celui-ci pourra alors, d'une façon interne, l'accueillir dans les locaux publics ou lui fournir des conseils à partir des propres forces de l'établissement, mais aussi, d'une façon externe, opérer des liaisons avec des conseils d'une part, des investisseurs d'autre part, spécialement les fonds d'investissement en capital-risque. L'incubateur établit alors une sorte de « contrat d'incubation » avec celui qui en bénéficie, établissant les obligations spécifiques et les modes de rémunérations futures de chacun. Mais de cette hirondelle de l'incubation, on ne peut tirer la conséquence d'un printemps pour un « droit de l'innovation » ! Ce que l'on pourrait en revanche soutenir, c'est que l'innovation est désormais une notion juridique, dans la mesure où un régime juridique spécifique lui serait attaché, dont la loi du 12 juillet 1999 vaudrait exemple. En effet, l'innovation consiste en une notion suffisamment abstraite pour être le support d'une qualification juridique (ce qui évite l'écueil précité du « droit de la chaussure »...). L'enjeu devient alors celui de la définition, car il faudra déterminer ce qui est innovant pour lui attacher les conséquences juridiques, généralement de faveur, que les textes ont voulu lui

attacher. Cela peut paraître hasardeux, mais le droit de la propriété intellectuelle pourrait fournir des principes de raisonnement, en décalque de la notion d'« activité inventive ».

D'une façon moins ambitieuse, l'innovation pourrait demeurer au rang de notion de fait, infléchissant les solutions juridiques sans pour autant constituer une catégorie spécifique. La considération du fait de l'innovation interfère par exemple dans la façon dont le droit réagit au risque, notamment à propos des risques de développement ou à travers le principe de précaution. Plus encore, l'innovation croise la question de l'information : l'innovation, sous toutes ses formes, peut se ramener à la notion de « production d'information ». La production d'information est en tant que telle protégée par le droit, non seulement par la propriété mais encore par des obligations contractuelles ou des responsabilités. L'information sera d'autant plus protégée qu'elle ne sera pas le simple usage d'une information déjà élaborée mais bien le fruit de l'intelligence du titulaire qui s'en réclame. L'innovation peut être alors considérée comme le cœur du droit de l'information. Renvoyons ici aux écrits fondamentaux de Pierre Catala.

**D&P : Est-il, à votre avis, souhaitable de voir se développer un droit spécifique aux entreprises innovantes ?**

**M.-A. F.-R. :** Il ne s'agit plus ici de protéger directement l'innovation mais de favoriser l'entreprise dans laquelle l'opportunité d'innovation va se développer. Nous avons vu que certaines formes sociales paraissent adaptées, telle la SAS. Peut-on aller plus loin et concevoir une forme sociale *ad hoc* ? L'idée paraît à première vue fragile, essentiellement en raison des difficultés de qualification précitées. Verrait-on démontrer que l'on est innovant pour accéder à la forme sociétaire en question ? Ou promettre de l'être ? Mais, en premier lieu, n'oublions pas que le droit spécial des sociétés pullule de formes spécifiques. Par tradition, le

droit français a développé des formes spécifiques à des entreprises agricoles. Ce que le législateur a fait pour les agriculteurs, pourquoi ne pas en faire la faveur aux entrepreneurs innovants ? Il est vrai qu'ils n'ont pas la même influence sur le Parlement. Plus encore, en second lieu, le droit des sociétés, qui fut classiquement le droit des formes sociétaires et des procédures de gouvernement de celles-ci, est en train de devenir le droit des titres et des modes de circulation de ceux-ci. Michel Jean-tin avait mis en lumière ce « droit financier des biens ». Or, le législateur et la pratique ont multiplié les titres dont l'objet est de favoriser la création (et la survie) des entreprises innovantes, par exemple les « bons de souscription - créateur d'entreprise » (BSCE). Les avantages fiscaux attachés à ce titre ont vocation à favoriser la caution des entrepreneurs innovants, titulaires d'un capital différé qu'ils pourront négocier s'ils réussissent. C'est aussi une façon de rémunérer ceux qui donnent les conseils, l'incubateur, etc., allégeant d'autant les charges de départ pesant sur l'entreprise innovante. C'est sans doute par ce biais-là que le droit va aider les entreprises innovantes à surmonter leurs difficultés financières.

Mais regardons la façon dont le droit américain des titres favorise l'innovation : les investisseurs qui participent au premier tour de table recevront par la suite une rétribution plus forte de leurs actions que ceux qui participent aux tours de table suivants. Cela incite à l'investissement le plus précoce possible, alors même qu'il est le plus risqué : on récompense la prise de risque financier. Le droit français ne peut pour l'instant que très difficilement reproduire de tels procédés. C'est pourtant ce type d'incitation dont les techniques juridiques doivent être porteuses.

**D&P : Estimez-vous utile d'adapter la loi de 1985 aux entreprises innovantes ?**

**M.-A. F.-R. :** C'est un sujet qui préoccupe aujourd'hui les institutions consulaires. Ainsi, l'observateur consulaire des entreprises en difficulté (OCED) a

consacré, il y a quelques mois, une séance de réflexion sur ce sujet, pour que la spécificité des entreprises innovantes soit considérée dans l'application des lois de 1984 et 1985. Un document d'information à destination des entreprises, des conseils et des juges consulaires, devrait être bientôt disponible. L'entreprise innovante se caractérise objectivement par le fait qu'elle risque de passer directement du stade de la création à celui de la liquidation, ce qui exige une grande rapidité dans les interventions, notamment de prévention. Il faut aussi garder à l'esprit que l'entrepreneur innovant a des traits psychologiques qui auraient réjoui Joseph Schumpeter : il est souvent jeune, enthousiaste, sûr de lui, désargenté. Les façons dont les règlements amiables ou les plans de redressement sont mis en place doivent en tenir compte. D'une façon idéale, il faudrait que les professionnels du redressement puissent procéder en aval comme l'aurait fait un incubateur en amont, c'est-à-dire renouer les liens de l'entreprise innovante avec les investisseurs, *Business Angels*, etc.

Mais il faut avoir conscience que la survie d'une entreprise innovante en difficulté est plus périlleuse encore que celle d'une entreprise plus classique. C'est dire ... En effet, beaucoup tient à la personne du créateur, ce qui signifie que la cession est plus difficile que d'ordinaire, et le temps joue encore plus vite contre l'entreprise.

Enfin, en ce qui concerne les innovations législatives, il faut être très prudent, car tout régime spécifique produit des difficultés - notamment de qualification - et des effets pervers - principalement perte d'unité et production d'incohérence -. Il ne peut s'agir que de mesures générales donnant plus de flexibilité aux professionnels du redressement. Ainsi, les travaux de l'Observatoire suggèrent que les délais puissent être supprimés au cas par cas pour que la réaction des administrateurs puisse être extrêmement rapide, en procédant par exemple à une cession immédiate de l'entreprise.