Conférence inaugurale du CID – 20 juin 2019
L'appréhension juridique de l'innovation

On m'a demandé d'envisager aujourd'hui l'appréhension juridique de l'innovation.

Ce qui n'a pas encore été signalé et ce qui est, je trouve, un bon signe pour notre laboratoire, c'est que le mot innovation appartient, depuis l'origine au champ lexical du droit. En effet, innovation dérive du mot latin *innovare*, qui était employé, initialement, dans le domaine juridique. Le mécanisme de la novation, qui nous est parvenu, en constitue certainement la manifestation.

Il apparaît donc particulièrement pertinent, particulièrement bien choisi d'associer dans le nom d'un laboratoire, les mots « droit » et « innovation ».

Si l'on se penche sur le sens actuel du mot, d'après les définitions les plus courantes, innover, cela signifie « introduire du neuf dans quelque chose qui a un caractère bien établi ». Autrement dit, faire du neuf avec du vieux.

Dès lors, il y a, me semble-t-il, deux façons d'aborder le sujet qui m'a été confié.

On peut se demander d'abord si le droit, lui-même, innove.

Et là je crois que faire du neuf avec du vieux, les juristes savent faire. Pour ne prendre qu'un exemple, on peut évoquer notre droit des contrats qui n'avait quasiment pas évolué – textuellement – depuis 1804. La réforme de 2016 peut bien être, en ce sens, qualifiée d'innovation.

Et d'ailleurs, parfois, on n'attend pas que l'existant devienne vieux pour en faire du neuf et il arrive que l'on fasse du neuf avec du presque neuf. Les spécialistes de droit social sont concernés en premier lieu, eux qui regrettent bien souvent que les réformes se succèdent à haute cadence, sans que le droit existant n'ait eu le temps de se stabiliser.

Mais il me semble qu'au regard des thèmes qui vont être développés aujourd'hui, envisager l'innovation du droit comme un processus autonome, isolé, n'est pas tout à fait le bon angle. Les centres d'intérêts du laboratoire ne portent pas sur l'évolution du droit en tant que telle, mais plus globalement, sur les rapports qu'entretient le droit avec l'innovation qui lui est extrinsèque.

Et à cet égard on peut relever que le droit, lorsqu'il est confronté au progrès technique ou au progrès scientifique, fait presque toujours l'objet de critiques, quelle que soit l'attitude qu'il adopte.

Ainsi, on entend souvent dans les médias traditionnels, que le droit accuse du retard sur les avancées scientifiques et techniques et que de ce fait, il laisse perdurer le bien trop fameux « vide juridique », source de désorganisation de la société.

Pourtant, ce mythe du retard du droit sur la science ou sur la technique ne se vérifie pas toujours.

On peut déjà relever que le droit appréhende des innovations qui ne sont pas encore réalisables, qui ne sont pas encore possibles techniquement. Cela a été le cas pour le clonage reproductif humain, interdit depuis 2004, alors qu'aucun scientifique, malgré des annonces spectaculaires, n'a jamais prouvé avoir réussi une telle manipulation. Dans le même sens, le principe de l'équivalence de l'écrit papier et de l'écrit électronique a été posé en 2000, alors qu'Internet en était encore à ses balbutiements.

En outre, ce n'est pas parce qu'une innovation ne donne pas lieu à l'adoption d'une loi nouvelle qu'il faut pour autant en déduire qu'elle n'est pas appréhendée par le droit. Certains concepts, certaines règles sont suffisamment souples pour s'appliquer à des objets qui étaient encore inconnus au moment de leur élaboration

Pour le démontrer, on a coutume d'évoquer l'exemple de la responsabilité du fait des choses, qui s'est adaptée aux dommages causés par les machines.

On peut également mentionner le droit d'auteur, créé initialement pour des œuvres écrites et qui s'est appliqué, au fil du temps, avec des critères similaires, à des œuvres créées selon des moyens plus modernes : photographie, films ou aujourd'hui jeux vidéo.

Pour en terminer sur ce point, il faut dire également que si une innovation ne donne pas lieu à une réaction immédiate du droit, c'est parce qu'il faut parfois du temps pour bien appréhender l'innovation et pour identifier les solutions les plus opportunes aux perturbations qu'elle occasionne.

En faisant une petite recherche dans un moteur de recherche, dans la section « Actualités », on s'aperçoit que ce vide juridique, dont on a coutume de se plaindre, est employé dans des articles relatifs aux trottinettes électriques, aux offres publiques de jetons ou encore à AirBnB. Ce sont autant de domaines dans lesquels, le législateur, après un temps d'observation, certes, vient ou est sur le point d'intervenir.

Et le fait de prendre du temps pour intervenir et de ne pas se précipiter devrait plutôt être salué, vu les critiques qui se font jour lorsqu'un encadrement pour les innovations scientifiques et techniques est proposé.

Car si on reproche au droit de ne pas intervenir face à l'innovation, lorsqu'il intervient, on estime alors qu'il est lourd, qu'il est pataud, qu'il ajoute des procédures et des formalités, autrement dit, qu'il entrave le progrès, l'innovation

Ce n'est alors plus le vide juridique qui est mis en avant dans les articles de presse mais l'inflation normative, la prolifération des lois.

Et d'ailleurs, en allant même plus loin, c'est parfois la légitimité du droit à encadrer le progrès qui est discutée. C'est particulièrement le cas en matière de recherche scientifique.

Une explication peut être trouvée dans le fait que dans ses rapports avec la science, le droit souffrirait de ce qu'un auteur a appelé le « syndrome de Galilée ». Craignant d'être comparés au Tribunal du Saint-Office et d'être taxés d'obscurantisme, le juge et le législateur hésitent à se saisir de la science. Ils n'y sont d'ailleurs pas encouragés par les scientifiques eux-mêmes qui veillent sur leur autonomie et souhaitent bien souvent que les affaires scientifiques continuent à être réglées par les scientifiques.

Sans qu'il ne s'agisse d'innovation à proprement parler, les récents développements de l'affaire Vincent Lambert l'ont bien montré. Indépendamment des reproches juridiques que l'on peut adresser à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris ordonnant la reprise des soins, nombreux sont ceux qui n'ont pas compris que des juges soient amenés à contrôler et éventuellement à invalider la décision des médecins. Cette décision devrait relever des scientifiques et rien que des scientifiques.

Et puis il ne faut pas négliger le fait qu'il existe, en matière d'innovation, un phénomène de law shopping. Si ceux qui innovent ne trouvent pas de cadre favorable dans un État, ils peuvent parfaitement se délocaliser ou menacer de se délocaliser pour bénéficier d'un encadrement plus accueillant. C'est un levier de chantage qui peut être utilisé, à la fois en matière technique et en matière scientifique.

Pourtant, malgré cette perception assez négative des relations entre le droit et l'innovation, vues de l'extérieur, vues des non juristes, il me semble que le droit n'est pas si mal armé pour s'en saisir.

C'est ainsi qu'une rapide recherche sur Légifrance montre que le mot « innovation » est employé dans plus de 266 articles de lois en vigueur.

Parmi ces articles, certaines dispositions existent pour inciter, pour récompenser ou pour sécuriser ceux qui innovent.

Pour ce qui concerne l'incitation à l'innovation, c'est évidemment vers la fiscalité qu'il faut se tourner. De nombreux dispositifs visent en effet orienter les financements vers l'innovation. C'est le cas, évidemment, du crédit-impôt-recherche, destiné à favoriser les efforts de recherche-développement.

C'est également le cas des Fonds communs de placement dans l'innovation, les FCPI, qui sont des véhicules chargés d'investir dans des sociétés émettrices ayant une activité innovante. En échange les FCPI disposent d'un régime fiscal de faveur et les souscripteurs personnes physiques, autrement dit, les investisseurs, bénéficient d'une réduction d'impôt.

Mais encore faut-il, pour accorder ces avantages, se mettre d'accord sur ce qu'est une entreprise innovante.

Deux critères permettent de le déterminer.

Soit l'entreprise a réalisé au cours de l'exercice précédent des dépenses de recherche représentant au moins 10 % des charges d'exploitation. Dans ce cas-là le statut est accordé automatiquement.

Soit l'entreprise démontre qu'elle développe des produits, services ou procédés neufs ou substantiellement améliorés par rapport à l'état de la technique. Dans ce cas, après appréciation du dossier, c'est BPI France qui accordera le statut d'entreprise innovante.

Cet intérêt du droit fiscal pour l'innovation se confirme avec un chiffre. Sur les 266 articles de lois mentionnant le mot « innovation », pas loin de 20 % se trouvent dans les lois relatives à la fiscalité. C'est plus que dans le Code de la recherche et le Code de la propriété intellectuelle pris ensemble.

Si l'on maintenant passe de l'incitation à la récompense, c'est alors le brevet qu'il faut évoquer. Le droit des brevets permet en effet de récompenser les inventeurs en leur octroyant un droit de propriété sur leur invention pendant une durée de vingt ans. Mais cette réservation privative de l'invention ne se fait pas au détriment de la connaissance commune, puisque une fois l'invention protégée, une description de celle-ci sera rendue publique. De même, un certain nombre d'exceptions au monopole du titulaire permettent à la connaissance de progresser pendant la durée de la réservation.

Enfin, certaines dispositions visent à sécuriser ceux qui innovent. Quoiqu'il soit encore très peu mis en œuvre, c'est le cas du risque de développement en matière de produits défectueux.

Pour le comprendre, il faut savoir que lorsqu'un produit cause un dommage, il existe un régime spécial de responsabilité, qui repose sur les fabricants. Ceux-ci sont responsables de plein droit pour tout dommage provoqué par le produit qu'ils ont mis en circulation, même en l'absence de faute.

Il existe toutefois une exception à cette règle, connue sous le nom de « risque de développement ». Si les connaissances scientifiques et techniques les plus avancées ne permettait pas de déceler le défaut au moment de la mise sur le marché du produit, le fabricant ne sera pas responsable si celui-ci cause un dommage. Cela signifie que pour les produits très innovants, tant que des études n'ont pas signalé l'existence de risques spécifiques, le producteur est exonéré de sa responsabilité.

En revanche, évidemment, dès lors que des risques sont documentés, le producteur redevient responsable et doit agir en conséquence.

Le droit se montre donc plutôt réceptif à l'innovation. Et ce ne sont ici que quelques illustrations. On aurait pu évoquer également le secret des affaires, récemment reconnu en droit français, qui peut être utilement mis à profit pour protéger des innovations, ou encore le droit de la concurrence, qui réserve parfois un statut particulier aux entreprises innovantes. Et bien d'autres exemples encore.

Mais si le droit incite, récompense et sécurise ceux qui innovent, il lui arrive également, de temps en temps, de brider l'innovation, d'en limiter les excès, particulièrement lorsqu'elle est susceptible de toucher directement la personne humaine.

C'est, ainsi que depuis 1994, on retrouve aux articles 16 et suivants du Code civil un certain nombre de dispositions qui visent à poser des limites aux progrès de la science et de la médecine : interdiction du clonage, de l'eugénisme, des transformations génétiques qui porteraient sur des cellules germinales, c'est-à-dire dont les mutations se transmettent à la descendance.

Ces dispositions sont issues des lois bioéthiques, dont le Premier Ministre a annoncé la semaine dernière la toute prochaine révision. Un certain nombre de questions sensibles devront alors être tranchées, concernant la procréation médicalement assistée, le don de gamètes ou encore la médecine prédictive.

Cette utilisation du droit pour limiter l'innovation semble parfaitement légitime. En effet, selon une maxime désormais connue « *tout ce qui est techniquement possible n'est pas forcément souhaitable* ». Or, il semble difficile d'abandonner à la seule communauté scientifique le choix de déterminer quelles innovations peuvent être menées à bien ou non et selon quelles limites. Elle n'est pas suffisamment organisée pour le faire et surtout, n'en n'a pas la légitimité.

C'est donc bien à l'ordre juridique d'assumer cette tâche. Évidemment, cela implique de la modestie. Déjà parce que les juristes ne savent pas tout. Ils doivent donc s'entourer d'experts, de scientifiques, de techniciens, de praticiens pour comprendre le mieux possible les innovations qui se présentent à eux. Et puis surtout parce que cela représente un travail immense. L'innovation est

un processus qui, selon les philosophes des sciences, tend à s'accélérer à certaines périodes. Il semble que cela soit le cas actuellement. Le droit constitue un des facteurs, pas le seul, mais un des facteurs, qui permet à l'innovation de se développer, dans le bon sens. Il s'agit donc de se montrer à la hauteur.

Pour conclure, j'ai voulu ici présenter une vision plutôt positive du droit dans ses rapports avec l'innovation, une vision qui est sans doute un peu partielle. Mais l'idée est de dire que ceux qui innoveront ne doivent pas avoir peur du droit, au contraire.

Il reste à voir si ces premières impressions se confirment dans les discussions qui vont suivre sur les voitures autonomes, sur le financement, sur la justice prédictive et sur les données.

Lucie Watrin

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

Membre du CID (EA 7531)