



Le 8 janvier 2010/CB/sh

Révision totale de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI)

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève

A. Appréciation générale

La Faculté de droit de l'Université de Genève, consultée sur le projet de révision totale de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI), soutient le projet de révision proposé.

Le texte est en effet devenu globalement plus cohérent et plus lisible. Du point de vue matériel, on soulignera en particulier l'effort consenti à préciser les différentes tâches et à assurer leur coordination dans le paysage de la recherche helvétique. On relèvera également le souci d'adapter les instruments de planification dans le sens d'une conception à la fois simplifiée et visant à une efficacité accrue.

B. Observations spécifiques

Quelques aspects du projet de loi demanderaient toutefois à être retravaillés. On pense en particulier aux points suivants.

1) Définition de la recherche scientifique (recherche) et de l'innovation fondée sur la science (innovation)

L'art. 2 let. a et b du projet de loi définit respectivement la recherche scientifique (recherche) et l'innovation fondée sur la science (innovation) en distinguant en particulier selon que la recherche est orientée vers les « applications réalisées dans un intérêt public » (recherche) et les « applications et la mise en valeur des résultats à des fins économiques ».

Or, l'art. 7 al. 1 let. b du projet qui définit les tâches et les principes d'encouragement des institutions chargées de la recherche prévoit que ces institutions encouragent les activités « qui ne visent pas directement à [sic !] des buts commerciaux ». Il serait souhaitable d'harmoniser ceci avec l'art. 2 let. b précité, en particulier quant à la divergence entre « fins économiques » (art. 2 let. b) et « buts commerciaux » (art. 7 al. 1 let. b).

L'art. 16 al. 1 du projet (premier article de la section 4 du projet intitulé « Encouragement de l'innovation ») prévoit en outre que « La Confédération encourage la recherche appliquée et le développement ». Cette disposition ne paraît pas opportune dès lors qu'elle introduit des notions non définies préalablement, et en particulier celle de développement, alors que la séparation nette entre recherche et développement est très délicate en pratique (ce que reconnaît expressément le Message explicatif, para. 2.1.1, p. 10). Cette disposition pourrait ainsi simplement indiquer que « La Confédération encourage l'innovation » (cette notion étant pour sa part définie à l'art. 2 let. b). L'introduction de la notion de « recherche appliquée » (également utilisée à l'art. 17 du projet) n'est pas optimale, dès lors qu'elle diverge de l'expression de « recherche orientée vers les applications » de l'art. 2 (le rapport explicatif indique pour sa part de manière plus appropriée comme titre de l'art. 17 « Encouragement de la recherche orientée vers les applications »).

2) Transfert de savoir et de technologie et disponibilité/accessibilité des résultats de la recherche

L'art. 7 al. 4 du projet prévoit que les institutions chargées de la recherche accordent un poids particulier au renforcement de la recherche et du transfert de savoir et de technologie par les établissements de recherche universitaire. Cette disposition vise ainsi la « mise en valeur économique » (cf. rapport explicatif ad art. 7, p. 31) de la recherche scientifique et des résultats de celle-ci.

L'art. 7 al. 5 prévoit pour sa part que la recherche ne peut être menée par une institution qu'à certaines conditions, parmi lesquelles figure en particulier celle que « les résultats de la recherche sont à la disposition de la communauté scientifique ».

Un conflit potentiel est ainsi susceptible d'apparaître entre la valorisation commerciale des résultats qui suppose généralement une absence de divulgation visée par l'art. 7 al. 4 et l'accessibilité des résultats à la communauté scientifique visée par l'art. 7 al. 5. On peut ainsi souhaiter que la loi règle cette question de manière uniforme.

On relève d'ailleurs que la formulation de l'art. 7 al. 5 prévoit l'accessibilité à la « communauté scientifique », alors que l'art. 46 du projet se réfère à l'accessibilité « au public » en général (cf. aussi le commentaire concernant l'art. 46 ci-dessous sous « Droit d'accès aux documents de recherche et publication de ceux-ci »), sans que des explications ni une justification ne soient données à ce propos.

3) Communication des infractions et des sanctions aux employeurs

Selon l'article 10 al. 3 du projet de loi, « les institutions chargées de l'encouragement de la recherche portent les infractions et les sanctions à la connaissance de l'institution qui emploie la personne concernée ». Le commentaire renvoie à la loi fédérale sur la protection des données (LDP). Ce simple renvoi en commentaire nous paraît un peu rapide.

Ne serait-il en particulier pas opportun de prévoir une procédure d'opposition spécifique à la communication des infractions et sanctions ? La LPD n'est pas d'un grand secours puisque l'organe doit lever l'opposition s'il est « juridiquement tenu » de communiquer les données (art. 20 al. 2 let. a LPD). Ce qui paraît être le cas en l'espèce en raison de la rédaction sans nuance de l'article 10 al. 3 du projet.

Ne serait-il pourtant pas envisageable de tenir compte plus adéquatement du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) en laissant une marge d'appréciation aux institutions concernées ? On aurait ainsi une gradation plus fine dans les sanctions : un chercheur indélicat mais dont l'acte serait très peu grave pourrait ainsi écoper d'un simple blâme écrit (art. 10 al. 2 let. a du projet) sans que la sanction ne soit portée à la connaissance de l'institution, alors que dans un autre cas, légèrement plus grave, mais sans atteindre le niveau d'un avertissement ou d'une diminution des subsides (art. 10 al. 2 let. b et c du projet), la sanction serait communiquée.

Il s'agirait également de préciser la communicabilité, restreinte ou élargie le cas échéant, des sanctions par les institutions qui ont reçu l'information.

4) Restitution des subsides

Une coordination de l'article 10 du projet de loi avec la procédure de restitution des subsides prévue à l'article 34 du projet devrait être assurée. Selon cette dernière disposition, l'institution peut exiger la restitution d'une subvention si le bénéficiaire n'a pas rempli ses obligations « malgré un avertissement ».

Cette exigence recouvre-t-elle l'« avertissement écrit » au sens de l'article 10 al. 2 let. b ? Ou un « blâme » au sens de l'article 10 al. 2 let. a pourrait-il suffire et valoir « avertissement » au sens de l'article 34 ? L'article 34 prévoit la restitution et le remboursement, mais pas la diminution ou le gel des

subventions, alors que ces deux dernières mesures sont prévues à l'article 10. Est-ce une volonté délibérée du législateur ?

5) Protection de l'identité des rapporteurs et des experts scientifiques en cas de recours

Par souci de précision, il serait plus opportun de viser la protection de l'identité plutôt que de celle du simple nom des rapporteurs et des experts scientifiques en cas de recours (art. 11 al. 3 du projet de loi).

6) Recherche dans l'administration

L'art. 15 du projet prévoit que « la recherche de l'administration est de la recherche orientée vers la pratique dont les résultats servent à l'exécution des tâches de l'administration fédérale. Il s'agit en principe de recherche orientée vers les applications, mais elle peut aussi comprendre de la recherche fondamentale en cas de besoin avéré ». La question de la précision de cette disposition se pose dès lors qu'elle introduit une notion non définie dans la loi qui est celle de « recherche orientée vers la pratique » et qu'elle mentionne en outre « la recherche orientée vers les applications ». Celle-ci n'est pas claire car cette expression figure à l'art. 2 let. a et b et peut donc s'appliquer en principe tant à la recherche qu'à l'innovation. De plus, on peut se demander si seule de la recherche est effectuée dans l'administration dès lors que l'art. 15 al. 2 let. d prévoit que la recherche de l'administration peut prendre la forme de « mandats de recherche (recherche contractuelle) » qui peut ainsi viser des objectifs plus proche de l'innovation que de la recherche pure.

7) Nature et effets juridiques des actes de planification

Si le mécanisme de planification est intéressant, un commentaire sur sa nature juridique pourrait s'avérer utile (caractère obligatoire pour les autorités, tel que précisé dans la LAT pour les plans directeurs ou dans la LPE pour les plans de mesures relatifs aux pollutions atmosphériques ; effets quant à la distribution des subsides ; etc.).

8) Examen de l'orientation stratégique des mesures d'encouragement de la Confédération

L'art. 40 al. 1 prévoit la création de commissions d'experts chargées d'examiner « la politique suisse d'encouragement de la recherche et de l'innovation ou des parties de celle-ci. ». L'alinéa 2 prévoit que le Conseil suisse de la science est consulté pour donner « un avis global sur les résultats de l'examen ». L'alinéa 3 de cette disposition prévoit pour sa part que le Conseil fédéral définit l'orientation stratégique des mesures d'encouragement de la recherche et de l'innovation en se fondant sur les expertises rendues par ces commissions.

On pourrait souhaiter que cette dernière disposition soit modifiée afin de faire en sorte que l'orientation stratégique soit définie par le Conseil fédéral aussi sur le fondement de l'avis certes consultatif du Conseil suisse de la science dont l'objectif est précisément, à teneur de l'art. 51 al. 1 du projet, de servir d'organe consultatif pour le Conseil fédéral pour toutes les questions relevant de la politique de la recherche et de l'innovation.

9) Droit d'accès aux documents de recherche et publication de ceux-ci

L'article 46 du projet de loi, sous l'intitulé « publication des résultats de la recherche », demande que « les institutions chargées d'encourager la recherche, la CTI et l'administration fédérale veillent à ce que les résultats de la recherche soient accessibles au public dans les limites prévues par la loi. » On notera tout d'abord que l'intitulé ne correspond pas exactement au contenu normatif. Des documents peuvent être consultés par le public (« accessibles au public ») sans pour autant être « publiés ». Ensuite, on peut s'interroger sur la limitation du droit d'accès aux seuls « résultats » de la recherche et pas à l'ensemble des documents en général constituant la recherche. On peut en outre se demander pourquoi cette norme n'est pas rédigée de manière à octroyer directement un droit au public, d'autant plus que la loi visée par le texte de la disposition est la loi fédérale sur la transparence comme nous l'apprend le commentaire. Il serait dès lors plus clair, et plus conforme à l'esprit semble-t-il du projet, de

préciser dans la loi que les documents relatifs aux recherches financées sur des fonds publics sont publics dans la mesure prévue par la loi fédérale sur la transparence.

Cette disposition devrait en outre être complétée par une norme relative cette fois-ci à l'information active (et pas seulement passive) en posant une obligation incombant aux destinataires des subsides de publier leurs recherches, sur Internet au minimum, sous réserve d'intérêts prépondérants. La référence pure et simple à la LTrans sur ce point, comme semble le faire le commentaire, n'est pas entièrement satisfaisante puisque cette loi ne règle que l'information passive des autorités.

10) Mise en valeur des résultats de recherches pour bénéficier des subventions

L'art. 47 al. 2 du projet reprend le texte figurant à l'art. 28a de la loi actuelle. Ce texte n'est cependant pas sans défaut. En effet, l'art. 47 al. 2 let. a dispose que la Confédération peut lier l'octroi d'une aide financière à la condition que « la propriété intellectuelle ou la titularité des droits sur les résultats de recherches financées avec cette aide est transférée à l'institution qui emploie le bénéficiaire ».

On ne comprend toutefois pas ce que signifie la formulation « la propriété intellectuelle ou la titularité des droits sur les résultats », puisque l'objectif de cette disposition semble être de régler la titularité des droits de propriété intellectuelle, ce qui pourrait ainsi être exprimé comme tel. Ceci vaut également pour l'art. 47 al. 3 du projet.

Cette dernière disposition, également reprise de l'art. 28a de la loi actuelle, n'est pas optimale dès lors qu'elle engendre un risque important pour les institutions concernées et des difficultés de mise en œuvre non négligeables. En effet, les circonstances dans lesquelles on pourra considérer que l'institution n'aura pas pris « les mesures propres à encourager la mise en valeur des résultats, notamment leur exploitation commerciale » ne sont pas précisées, en particulier en terme temporel (combien de temps l'institution aura-t-elle à disposition pour prendre de telles mesures ?). Le fait que les inventeurs puissent « exiger d'être réinvestis de la propriété intellectuelle ou de la titularité des droits » est en outre très délicat, particulièrement lorsque l'institution aura cédé les droits de propriété intellectuelle à un tiers (soit au partenaire chargé de la mise en valeur) ou même concédé une licence (et plus encore lorsque ce tiers aura lui-même concédé ce droit à une autre partie). Dans un tel cas, les inventeurs ne pourront pas *exiger* du tiers la rétrocession des droits concernés, puisque ces derniers seront légitimement devenus titulaires desdits droits sur le fondement d'un contrat (sauf si ce contrat réserve ce cas, ce qui paraît peu réaliste), mais ne pourront faire valoir que des prétentions à l'encontre de l'institution concernée. La protection des inventeurs en cas d'absence de valorisation devrait dès lors plutôt être structurée de manière à ce que les inventeurs puissent demander à l'institution - et non pas exiger de celle-ci - de se voir réinvestis de la titularité des droits concernés pour autant que cela soit réalisable et qu'ils remboursent l'institution concernée pour les frais de valorisation encourus (notamment des frais de dépôt de brevets) si celle-ci le demande, en prévoyant cas échéant un mécanisme particulier de règlement des litiges survenant à ce propos entre les inventeurs et l'institution concernée.