

RLDA 7132

La médiation, un outil d'équilibre des forces dans les collaborations de recherche et de développement



Virginie
BOUNOT
Avocat, Cabinet
CONCIOR

Les dépenses de recherche et leur part dans le PIB⁽¹⁾ comptent parmi les indicateurs de richesse⁽²⁾ dans l'évaluation et la définition des politiques publiques de chaque État de l'Union européenne⁽³⁾. Le transfert des technologies issues de la R&D vers le monde économique contribue donc littéralement à alimenter l'effort en amont de recherche et à légitimer les programmes de financement R&D des politiques publiques.

Aussi, mettre en œuvre, dès la contractualisation du partenariat R&D, un mécanisme de *Dispute Board* combiné à un processus structuré de médiation apporte « une garantie de parfait achèvement » de cet objectif économique d'intérêt général.

La France, mue par une ambition de positionnement stratégique européen, lance en 2010, le programme d'investissements d'avenir (ci-après « PIA »), un fonds structurel de 57 milliards d'euros, censé mailler équipements et excellence scientifique du secteur industriel et du secteur académique, dans des entités juridiques créées spécifiquement pour porter cet effort de recherche d'intérêt général.

Pourtant, dans son rapport sur le projet de loi de finances pour 2020, déposé le 21 no-

vembre 2019, à l'aube de la 4^e génération des PIA, la Commission des affaires économiques du Sénat observe que « *l'effort de recherche dans notre pays [est] toujours aussi insuffisant* », « *face à des défis pourtant cruciaux* » alors même que « *les politiques de recherche et d'innovation [sont] de moins en moins lisibles* »⁽⁴⁾.

Dans ce contexte mondial de récession économique liée à la crise sanitaire « Covid-19 », il importe d'autant plus de préserver son investissement de recherche que l'on soit universitaire/institutionnel ou industriel, TPE/PME ou grands groupes.

La médiation doit être un outil passerelle au service de la prédiction du différend dès la contractualisation de la collaboration de recherche, implémentée comme une véritable instance d'exécution d'un projet R&D multipartite.

(1) Objectifs de la stratégie H2020 de l'Union européenne : atteindre un objectif de 3 % de la part de dépenses R&D dans le Produit Intérieur Brut.

(2) L. n° 2015-411, 13 avr.2015, JO 14 avr. visant à la prise en compte des nouveaux indicateurs de richesse dans la définition des politiques publiques.

(3) Fiche INSEE – Indicateurs de richesse nationale parue le 23 décembre 2019, Dépenses de recherche – Indicateurs de richesse nationale, Insee, les dépenses R&D font partie des indicateurs retenus pour suivre la mise en œuvre et l'atteinte des objectifs de développement durable de l'Agenda 2030 de l'ONU.

(4) Senat.fr : travaux parlementaires, rapports, rapports législatifs, Projet de loi de finances pour 2020 : Recherche et Enseignement supérieur.

Les partenariats R&D, enjeux d'intérêt général

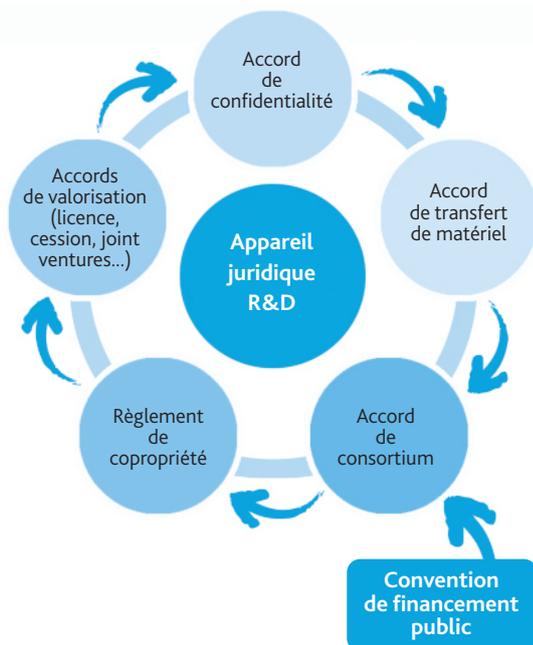
La collaboration de recherche et de développement

Une collaboration de recherche et de développement est un partenariat conclu entre au moins deux parties indépendantes et visant à échanger des connaissances ou des technologies⁽⁵⁾, ou à atteindre un objectif commun, fondée sur une division du travail R&D, chacune des parties contribuant à la réalisation de ce projet commun, en partageant les risques et les résultats.

Pendant une durée déterminée fixée d'un commun accord, ces partenaires vont apporter, au bénéfice commun, compétences, moyens et infrastructures de recherche pour tendre, dans cet effort mutuel, ⁽⁶⁾ à l'acquisition d'un savoir-faire, de technologies ou de procédés, la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations systématiques, y compris la production expérimentale, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour les résultats obtenus.

La structure juridique

D'un point de vue juridique, entre les partenaires R&D, la collaboration de recherche va être appareillée par plusieurs rouages juridiques⁽⁷⁾ :



(5) Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (Comm. UE, communication, 2014/C 198/01).

(6) Définition de la R&D donnée par le règlement UE 1217/2010.

(7) V. Blockchain, outil de gouvernance et de traçabilité du processus créatif, V. Bounot, RLDA 2019/151, n° 6785.

Ces accords s'imbriquent pour constituer l'environnement juridique du partenariat R&D, conduit par un fil rouge : le processus créatif et d'exploitation des résultats R&D. Il est donc fortement conseillé d'apporter une extrême vigilance à l'organisation du règlement des différends au sein de l'ensemble de ces accords, pour conserver une cohérence de traitement et « une procédure de règlement efficace »⁽⁸⁾.

Un objectif partagé de rentabilisation du coût de la recherche

Prévenir les litiges à naître ou régler les litiges émergents, internes à une collaboration de recherche, est donc un des critères de garantie de poursuivre le processus créatif amorcé au sein de la collaboration par un transfert réussi des résultats sur le marché économique et, par là-même, légitimer le coût de sa recherche, les financements obtenus et assurer un retour sur son investissement de recherche.

Et « investissement » n'est pas un mot volé : en 2017, la dépense interne de recherche et de développement des entreprises (DIRDE) représente 33 milliards d'euros, tandis que celle des administrations/institutionnels de la recherche (DIRDA) s'élève à 17.6 milliards d'euros, pour un effort de recherche global de 2.1 % du PIB⁽⁹⁾.

Le soutien financier à l'innovation par les pouvoirs publics français représente alors 10 milliards d'euros⁽¹⁰⁾ dont 40 % d'aides directes sous forme de subventions essentiellement⁽¹¹⁾.

Il est donc de l'intérêt partagé de chacun – industriels et institutionnels de la recherche, financeurs publics – que la recherche, interne ou en collaboration partenariale, aboutisse à des retombées économiques qui continueront d'alimenter le processus créatif en amont.

Or, la médiation répond à cet objectif par ses modalités processuelles : confidentialité, coûts maîtrisés, rapidité et maintien des relations d'affaires entre les partenaires.

Règlement des différends de R&D par processus de médiation

Dans le secteur de la R&D et du transfert des technologies, objet de notre étude dans cet article, schématiquement, il existe deux grandes mécaniques de règlement extraju-

(8) Services de procédures ADR de l'OMPI pour le secteur de la recherche et du développement et du transfert de technologies, www.wipo.int.

(9) 2017 : dernière date de consolidation des indicateurs économiques par l'Insee, L'enquête R&D : mesurer l'effort de R&D des entreprises, au-delà du crédit d'impôt recherche, Les entreprises en France, Insee.

(10) France Stratégie : Dossier « Quinze ans de politiques d'innovation en France », 2016.

(11) V. note 10 : parmi le volume des aides directes, les PIA représentent en flux annuel moyen 57 % de ces aides.

diciaire des différends, avant saisine du juge : la médiation conventionnelle et la conciliation conventionnelle⁽¹²⁾.

La médiation⁽¹³⁾ conventionnelle ou le recours à un tiers entremetteur

→ Un processus structuré ouvert à toute partie à un litige R&D

La médiation conventionnelle est un « processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »⁽¹⁴⁾.

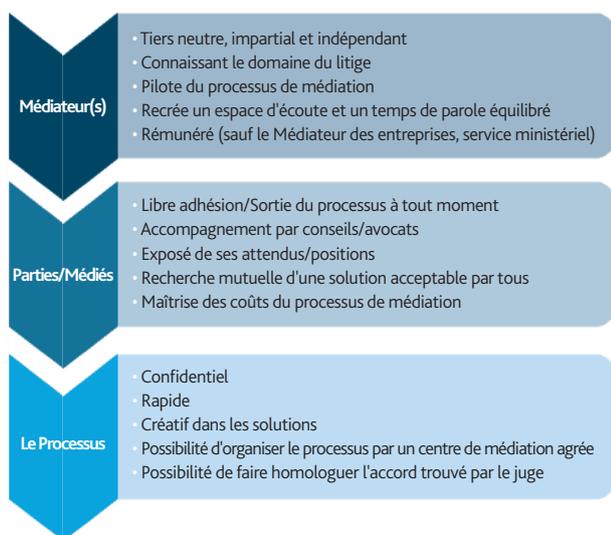
Ce processus conventionnel de résolution des litiges, alternatif à la procédure juridictionnelle, est mis en œuvre :

- soit par une clause de médiation déjà insérée, dès sa signature, dans le contrat litigieux ;
- soit par la signature d'une convention de médiation pour les litiges déjà nés.

La médiation est donc un outil de résolution des litiges pour tous partenaires ou co-contractants d'une collaboration de recherche : entreprises, associations/fondations de recherche, écoles/universités, financeurs publics territoriaux ou nationaux.

→ Un processus régi par des principes conducteurs

La médiation conventionnelle est régie par les principes conducteurs suivants :



(12) Au regard de l'objet de l'étude « Développer un mode combinatoire de *Dispute-Med Board* », nous n'aborderons pas volontairement la conciliation ou la médiation ordonnée par un juge.

(13) V. note 11.

(14) Article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

→ Maintien de la relation

La médiation permet de recouvrer ou de maintenir le tissu relationnel pour des partenaires amenés à collaborer/travailler à nouveau ensemble ou dans la même sphère professionnelle.

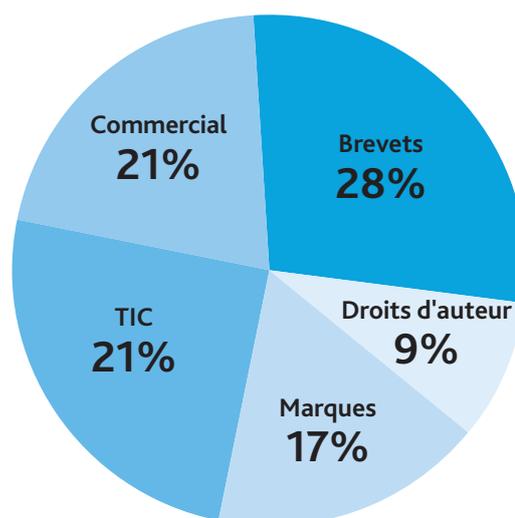
→ Le Centre de médiation et d'arbitrage

Le Centre de médiation et d'arbitrage de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), créé en 1994, propose des services de résolution des litiges alternative à la procédure juridictionnelle spécifiquement dédiés au secteur de la R&D et du transfert de technologies⁽¹⁵⁾.

Ces services regroupent deux modes : la médiation et l'arbitrage. Les données consolidées publiées par le Centre, pour l'année 2019, soulignent que les différends, pour lesquels les services du Centre sont saisis, prennent naissance principalement dans les accords de licence, de recherche/développement et de transfert de technologies. 70 % des processus de médiation aboutissent à un accord, ce qui illustre l'intérêt et les avantages d'un tel mode de résolution, pour les parties.

Autre donnée intéressante, la répartition de la nature des litiges en matière de médiation⁽¹⁶⁾ :

Répartition des types de litiges R&D devant le Centre de médiation de l'OMPI - 2018



La nature du litige issu d'une collaboration R&D n'est donc pas un frein à la mise en œuvre d'un processus de médiation à tout moment de l'exécution du partenariat.

(15) V. note 8.

(16) Donnée extraite du « Guide to WIPO Mediation », édition 2018.

Cependant, si les statistiques démontrent l'accroissement des dépôts de dossiers devant le Centre et donc l'augmentation de ces voies de règlement, plus souples et plus rapides, passant de 40 en 2010 à 178 en 2019, force est de constater que cela ne représente qu'une faible part du contentieux R&D⁽¹⁷⁾, étant précisé que le Centre ne distingue pas, dans ses statistiques, entre médiation et arbitrage.

→ Le Médiateur des entreprises

En France, le Médiateur des entreprises, rattaché au ministère de l'économie, des finances et de la relance, peut être mobilisé pour résoudre les litiges de propriété intellectuelle et de propriété industrielle, pour « [encourager] la construction de relations de confiance entre acteurs économiques de l'innovation, privés ou publics. De l'émergence de l'idée à sa transformation en produit ou service commercialisable, il s'agit de contribuer à supprimer tous les obstacles qui pourraient empêcher qu'une idée arrive à son terme »⁽¹⁸⁾.

Aucune donnée publiée ne cible spécifiquement les litiges issus des activités R&D. En revanche, le rapport annuel du Médiateur pour l'exercice 2015/2016 indique que 35 % des saisines par an concernent « le secteur public et apparenté », soit 350 dossiers, citant comme exemple de médiation un contrat de collaboration entre une start-up et un organisme de recherche ayant donné lieu à un litige de détournement de savoir-faire et débauchage de salariés⁽¹⁹⁾.

Tout comme le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI, le Médiateur des entreprises affiche un taux de réussite de 75 % des processus de médiation engagés, tous secteurs confondus.

Autre point commun avec le service de l'OMPI, la médiation ne semble pas être particulièrement développée au sein des collaborations R&D.

La conciliation conventionnelle ou le dispositif du *Dispute Board*

→ Un processus structuré

La conciliation conventionnelle est « un processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence »⁽²⁰⁾.

(17) Selon the Online WIPO Mediation and Arbitration workshop du 2 décembre 20, seuls 2 % des saisines sont issues des universités.

(18) Innover ensemble, www.economie.gouv.fr.

(19) *Le_Mediateur_des_Entreprises.pdf*, www.economie.gouv.fr.

(20) La conciliation conventionnelle (hors donc toute procédure ordonnée par un juge) est régie par les articles 1530 à 1541 du code de procédure civile.

→ Le *Dispute Board*

L'un des modes de conciliation conventionnelle est le *Dispute Board* ou comité de résolution des différends : «⁽²¹⁾organe permanent généralement mis en place à la signature ou au commencement de l'exécution d'un contrat à moyen ou long terme, afin d'aider les parties à éviter ou à surmonter tout désaccord ou différend pouvant survenir dans le cours de leur relation contractuelle.

Le *Dispute Board* est soit un expert/sachant, soit un comité d'experts/sachants, indépendants, en charge, par l'effet d'une clause *ad hoc* dans le contrat, d'accompagner les parties à la résolution d'un différend et d'émettre une position sur la ou les solutions applicables du stade des recommandations (*Dispute Review Board*) jusqu'à la décision contraignante (*Dispute Adjudication Board*) selon la volonté des parties.

→ Mise en place d'un *Dispute Board*

Le *Dispute Board* peut être « activé » au moment du fait générateur du différend ou être institué en tant qu'instance permanente du suivi du contrat. C'est un processus souple, uniquement conventionnel, à délais maîtrisés⁽²²⁾ et impliquant des experts de la nature du litige, qui peut être organisé par une institution de conciliation telle le Centre international d'ADR de la Chambre de commerce internationale (ci-après « CCI ») ou par les parties, selon les dispositions de la clause de *Dispute Board*.

À l'origine impulsé dans le domaine de la construction par la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils⁽²³⁾ fin des années 1950, le *Dispute Board* est devenu un dispositif international, essentiellement utilisé dans des opérations d'envergure liant plusieurs co-contractants de droit étranger.

La CCI, dans son règlement relatif aux *Dispute Boards* de 2018, applique ce dispositif de conciliation « dans d'autres domaines tels que les contrats en matière de recherche et de développement ou de propriété intellectuelle, les accords de partage de la production et les conventions d'actionnaires ».

Seulement 4 dossiers de *Dispute Boards*, tous secteurs confondus, sont enregistrés en 2019 devant la CCI.

→ Un recours néanmoins peu étendu

Alors, pourquoi un recours si peu étendu à ces processus consensuels, souples, rapides et pilotés par des tiers médiateurs ou conciliateurs, qualifiés dans le domaine du

(21) Définition extraite du règlement relatif aux *Dispute Boards* de la CCI, édition 2018.

(22) P. ex., le règlement relatif aux *Dispute Boards* de la CCI prévoit une émission des conclusions du *Dispute Board* dans les 90 jours suivant sa saisine (art. 22).

(23) Fédération créée en juillet 1913.

litige ? Certainement, en point commun à tous ces modes alternatifs, une question de culture du règlement des différends en France, tournée bien plus vers une action procédurale « traditionnelle »⁽²⁴⁾.

Probablement aussi, lorsque ces dispositifs sont institutionnalisés, en particulier en matière de *Dispute Boards*, un besoin de démocratisation de l'accès à ce dispositif qui, s'ils présentent l'avantage d'une grille tarifaire déjà connue pour chaque partie, peut s'avérer trop onéreux pour les PME ou à reconfigurer pour les litiges internes/nationaux.

Enfin, le curseur temporel est aussi un facteur-clé en la matière. Connaître un différend de propriété intellectuelle ou d'exécution de l'accord R&D suppose une avancée certaine des travaux, l'émergence des premiers résultats et le frottement, alors, des frontières de propriété de chacun.

Le recours à une voie de règlement du différend intervient donc après une durée certaine d'exécution de l'accord et la cristallisation d'un contexte conflictuel, avec en *background*, cet enjeu financier substantiel pour chacune des parties.

Un dispositif sur-mesure en R&D : le *Dispute-Med Board*

Aussi, si ce curseur temporel pouvait être déplacé dès la contractualisation de cet appareil juridique vu ci-avant, comme dans le dispositif de *Dispute Board*, en combinant, cependant, l'intégration dans ce dispositif, aux côtés des experts conciliateurs, d'un médiateur, tiers modérateur de l'instance de pilotage du partenariat R&D, au moment de la cristallisation du différend, l'activation de ce « *Dispute-Med Board* » serait « naturellement admise » car liée au processus d'exécution de l'accord.

Deux perceptions de la conciliation et de la médiation

Dans notre droit et nos processus de règlement des conflits, la conciliation et la médiation sont selon les praticiens ou les auteurs doctrinaux :

- soit des modes alternatifs qui s'opposent : le médiateur ayant vocation à créer cette passerelle d'échanges et d'écoute perdus, pour permettre aux médiés de trouver une solution par eux-mêmes, en équité ; Alors que le conciliateur a pour mission de proposer une solution de règlement, voire de trancher le différend ;
- soit des modes alternatifs qui se confondent : bonnet blanc/blanc bonnet, dans les deux cas, il s'agit bien d'un tiers au différend qui a pour mission d'aider les parties à

trouver un accord sans passer par la case « justice étatique »⁽²⁵⁾.

Une jonction indispensable

En matière de collaboration R&D, mon point de vue est, au contraire, une jonction indispensable des forces de chacun : ce sont deux dispositifs indépendants l'un de l'autre et qui en se combinant apportent une palette complète du processus de règlement extrajudiciaire d'un différend, avant même que ce différend, « simple » divergence d'analyse, se cristallise en conflit, affrontement de positions juridiques campées et fermées au dialogue.

L'exemple du PIA

Reprenons l'exemple du PIA lancé par l'État français en 2010, actuellement mis en œuvre dans sa 4^e génération : ce programme cofinance, schématiquement sur la base 1 euro de l'État = 1 euro de fonds privés, des projets de recherche portés par des *consortia* composés d'industriels (grands groupes et plus minoritairement des PME) et des universités/centres de recherche publics.

Ces projets de recherche sont regroupés au sein de programmes R&D dédiés par filière économique, gérés par des fondations de coopération scientifique ou des sociétés commerciales spécifiquement créées à cet effet, ce qui emporte :

- une enveloppe financière substantielle (quelques dizaines de millions d'euros *a minima*) ;
- une durée pluriannuelle d'exécution de chaque projet ;
- une collaboration continue et régulière alimentée par le renouvellement des projets R&D au fil des générations de PIA ;
- une composition singulière des *consortia* et/ou des structures dédiées, par la participation, autour d'une même table, de concurrents ou de donneurs d'ordre/fournisseurs sur un même marché économique, et de chercheurs de la recherche publique ;
- donc de possibles « frottements abrasifs », *in fine*, au bout de ces X années de réalisation conjointe, sur les portefeuilles de propriété intellectuelle de chacun et leurs positionnements différentiels sur la valorisation économique, commerciale et scientifique des résultats.

Les bénéfices d'un *Dispute-Med Board*

Mettre en place un *Dispute-Med Board* au moment de l'entrée en pourparlers de faisabilité de la collaboration, repris, ensuite, dans l'accord de consortium sur chaque

(24) V. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov., et la volonté affichée du législateur d'instaurer les modes amiables en voie de recours préalables à la saisine du juge.

(25) Définition du « médiateur » selon l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert XVIII^e s., reprise de l'excellent ouvrage S. Bensimon, M. Bourry d'Antin et G. Pluyette, *Arts et Techniques de la médiation* : « Celui qui s'entretient entre deux contractants, ou qui porte les paroles de l'un à l'autre pour les lui faire agréer. (...) Il faut que faisant en quelque façon les fonctions d'arbitre et de conciliateur, il se montre équitable, impartial et ami de la paix ».

projet, voire l'intégrer en tant qu'observateur tiers dans les organes de gouvernance des structures créées pour porter les PIA, apporterait :

- sécurité d'exécution continue des projets R&D ;
- réactivité dès l'émergence d'un différend ;
- rapidité et confidentialité du différend ;
- garantie d'un processus créatif intact à l'issue du règlement du différend ;
- optimisation des chances de succès d'une valorisation économique et donc d'un retour sur l'investissement de recherche pour chacun des partenaires R&D.

Une gouvernance souple et garante de l'impartialité

Le *Dispute Med-Board* doit donc avoir une gouvernance souple et garante de l'impartialité de chacune de ses composantes, en créant des collèges par mission confiée :

- collège des conciliateurs : en charge, à l'appui de leurs connaissances et compétences techniques du domaine R&D du partenariat, d'apporter des solutions concrètes et pragmatiques soumises aux partenaires qui s'opposent ;
- collège des médiateurs : véritables modérateurs du processus de *Dispute-Med Board*, pour « faire infuser » les échanges entre les partenaires/médiés, faire prendre racine aux solutions proposées par les conciliateurs ;

- collège d'experts en fonction de la technicité de la source du différend : collège consultatif des deux premiers et des partenaires/médiés, en charge d'examiner les contributions techniques des médiés au sein de chaque lot du projet, le maillage de leurs interactions technico-scientifiques, pour une meilleure compréhension de la source du litige et des positions juridiques des médiés ;
- et un tiers observateur : le Financeur public tout aussi intéressé que les partenaires par une solution rapide, un appareil technique remis en marche et une confidentialité du processus de règlement du différend/conflit.

En conclusion, garantir l'innovation en tant qu'indicateur national de richesses suppose de :

- garantir un processus créatif à l'abri d'une rupture de gouvernance du projet par des dissensions intra-partenariales ;
- innover dans la sphère juridique et réglementaire de la R&D, en plaçant ces programmes R&D structurants d'intérêt public « sous l'égide » d'un comité *ad hoc* de prévention et de règlement des différends : le *Dispute-Med Board* ;
- soutenir le recours au *Dispute-Med Board* : à l'instar des frais de propriété industrielle, dépenses éligibles au co-financement public, le déploiement d'un dispositif de *Dispute-Med Board* en tant que « moyen de parfait achèvement » d'un projet R&D devrait être également soutenu par un ⁽²⁶⁾poste de financement public dédié. ■

(26) Dépense conforme, à mon sens, à l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (Comm., communication 2014/C 198/01) en tant qu'aides en faveur des projets- point d) : « coûts des services de consultants et des services équivalents utilisés exclusivement pour le projet ».