

Option Finance

www.optionfinance.fr

Les Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux

Avec *Option* & DROIT AFFAIRES

3^e édition


Accuracy



MAYER • BROWN



DOSSIER SPÉCIAL

3^e édition des Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux

«Les questions d'arbitrage et de contentieux sont des problématiques qui rejoignent les préoccupations du ministère», prévient Pierre Berlioz, professeur de droit, conseiller du garde des Sceaux (droit des obligations, droit économique et professions) en introduction des Rencontres de l'arbitrage et du contentieux. Pour le conseiller du garde des Sceaux, «justice ne rime pas nécessairement avec juge» ; pour autant, «l'arbitrage n'est pas une profession, mais une mission». Il précise : «S'il faut réguler ce type de juridiction, il me semble important de ne pas franchir le pas de l'institutionnalisation.»



Pierre Berlioz, professeur de droit, conseiller du garde des Sceaux

Gestion des contentieux : quelle stratégie pour les entreprises ?

Le Brexit et les changements économiques et politiques internationaux sont autant d'éléments qui devraient encore durcir le monde des affaires et agir en faveur du développement de l'arbitrage. Reste que ce type de justice a toujours été tirillé entre son ambition universelle et la réalité locale. Parfois qualifié de «justice de luxe», l'arbitrage demeure très souvent l'apanage des grands groupes. Dans quelles situations opter pour ce type de résolution de conflits ? Quels préalables sont nécessaires à la réussite d'un arbitrage ? Pour quelles conséquences ?

En gestion de contentieux, le recours à l'arbitrage est l'une des solutions qui s'offrent aux entreprises. Si ce mode de résolution de conflit est de plus en plus plébiscité par les entreprises, pas question, pour autant de se lancer dans ce type de procédure sans avoir au préalable élaboré une stratégie en interne, prévient Carol Xueref, membre du comité d'arbitrage de l'AFA, ancienne secrétaire générale d'Essilor International, membre de l'Autorité de la concurrence et membre du cercle Montesquieu : «Opter pour un arbitrage comporte des risques. Pour une entreprise, il est essentiel de réfléchir en amont à une stratégie de rédaction des clauses. La stratégie de contentieux doit être pensée en fonction de



«The right arbitration clause for the right contract.»

Jean-Georges Betto, associé, Betto Seraglini



(De gauche à droite)

Animée par : **Nathalie Rehby**, directrice générale, Satellittis

Avec : **Jean-Georges Betto**, associé, Betto Seraglini ; **Elisabeth Duval**, directrice juridique & contentieux, SFR ; **Nicolas Barsalou**, associé, Accuracy ; **Carol Xueref**, membre du comité d'arbitrage de l'AFA, ancienne secrétaire générale, Essilor International, membre de l'Autorité de la concurrence, membre du Cercle Montesquieu

«Notre rôle est de limiter les risques et de les circonscrire.»

Elisabeth Duval, directrice juridique & contentieux, SFR



«L'objectif financier n'est pas toujours prioritaire.»

Nicolas Barsalou, associé, Accuracy



différents critères, à l'instar des implantations géographiques de l'entreprise, mais également de ses activités et de ses relations contractuelles. La réalisation d'une matrice des risques vs. solutions et alternatives peut permettre d'éviter d'opter pour la mauvaise stratégie.»

L'arbitrage de plus en plus plébiscité par les entreprises

Et de fait, une solution d'arbitrage comporte des risques directs, mais également collatéraux, à l'instar des risques relationnels ou encore des risques d'images. Dans ce contexte, le groupe SFR a choisi de mettre en place une méthodologie pour la gestion des contentieux, comme l'explique Elisabeth Duval, directrice juridique et contentieux, SFR : «Le directeur du contentieux doit faire valider sa stratégie en demande et en défense auprès des membres du comex. Notre rôle est de limiter les risques et de les circonscrire. Nous apportons également une attention toute particulière aux coûts des procédures.»

Un réel besoin de définition de la stratégie en amont, également partagé par les conseils. «Trop souvent, les entreprises confondent stratégie et tactique», explique Nicolas Barsalou, associé, chez Accuracy. «La stratégie consiste à coordonner ses forces en vue d'un objectif. Malheureusement, j'ai connu des cas où l'entreprise n'avait pas d'objectif

fondamental ! Par ailleurs, l'objectif financier n'est pas toujours prioritaire. En effet, les risques sociaux et les risques de réputation peuvent parfois être prégnants. D'où l'importance d'élaborer une stratégie en amont.»

Par ailleurs, la mise en place d'une politique de contentieux en amont peut parfois révéler que l'arbitrage n'est pas la solution optimale : «Le choix entre la justice étatique et l'arbitrage, et les différents types d'arbitrages, n'est pas anodin. Il doit s'adapter au plus près de la matrice des risques de l'entreprise. Nous accompagnons nos clients dans la définition de cette matrice en fonction de leurs contrats et préconisons la clause de règlement des différends la plus adaptée», conclut Jean-Georges Betto associé, Betto Seraglini. ■



«Opter pour un arbitrage comporte des risques.»

Carol Xueref, membre du comité d'arbitrage de l'AFA, ancienne secrétaire générale, Essilor International, membre de l'Autorité de la concurrence, membre du Cercle Montesquieu

L'arbitrage d'investissement : nouvelles règles et nouveaux défis pour les entreprises internationales

Les accords de libre-échange, TAFTA et CETA, sont en passe de servir de modèle à l'ensemble des traités internationaux. Avec les récentes évolutions du droit international, les entreprises doivent s'adapter rapidement, afin d'adopter la stratégie de gestion des contentieux la plus adéquate à leurs problématiques.



(De gauche à droite)

Débat animé par :

Laurent Jaeger,
président du comité
consultatif, ICC France

Avec : Dany Khayat,
associé, Mayer Brown
Pierrick Le Goff,
directeur juridique,
Alstom

Sophie Lemaire,
professeur de droit
international privé et
droit du commerce
international, Université
de Paris Dauphine

L'arbitrage d'investissement apparaît dans diverses situations. Si les plus courantes sont celles de joint-ventures avec prise de participation à l'international, de problèmes de distribution de dividendes et de questions de traitement égalitaire d'appels d'offres, nombreux sont les autres cas dans lesquels le choix d'un arbitrage d'investissement peut s'avérer utile : «L'arbitrage d'investissement peut apparaître dans des situations de déni de justice, sur des problématiques fiscales entre pays aux usages différents, ou encore dans des cas où une sentence a été remportée lors d'un arbitrage commercial, mais où la partie gagnante doit faire face à un refus d'application. Le contentieux peut alors se déplacer en arbitrage d'investissement», explique Pierrick Le Goff, directeur juridique chez Alstom.

Des cas d'utilisations aujourd'hui multiples qui, pourtant, à l'origine n'étaient pas l'ambition de l'arbitrage d'investissement : «A l'origine, l'arbitrage international a été mis en place par la Banque mondiale afin de sécuriser les contrats entre Etats»,

explique Sophie Lemaire, professeur de droit international privé et de droit du commerce international à l'Université Paris Dauphine qui précise : «Au fil de son utilisation, de nouvelles modalités ont été mises en place. La France, par exemple, a conclu une centaine de modalités de protection des investissements ainsi qu'une offre d'arbitrage que les investisseurs qui se sentent lésés peuvent lever unilatéralement.»

Des cas d'utilisation multiples

Reste que dans les faits, l'arbitrage d'investissement reçoit souvent un accueil hostile de la part du grand public et parfois même des instances internationales à l'instar de l'Union européenne. «Il faut reconnaître que l'affaire Tapie n'a pas porté une bonne image sur l'arbitrage», concède Sophie Lemaire. Pour Dany Khayat, associé chez Mayer Brown, «certaines critiques sont justifiées. Pour autant, la critique selon laquelle les Etats sont biaisés dans le cadre des arbitrages d'investissement est infondée. En effet, en définitive, nous constatons aujourd'hui

**«Nous constatons
aujourd'hui que
les Etats qui se
défendent ressortent
de plus en plus
souvent vainqueurs.»**

Dany Khayat,
associé, Mayer Brown



**«Il faut reconnaître
que l'affaire Tapie
n'a pas porté une
bonne image sur
l'arbitrage.»**

Sophie Lemaire, professeur de
droit international privé et droit
du commerce international,
Université de Paris Dauphine

que les Etats qui se défendent ressortent de plus en plus souvent vainqueurs». «Il faut bien avoir à l'esprit que dans le cadre de l'Union européenne, il n'existe pas de culture historique de l'arbitrage d'investissement. De fait, au sein de l'Union européenne, la commission entend reprendre la main sur ce type de contentieux», précise Sophie Lemaire.

En effet, pour les experts, les mécanismes de fonctionnement des tribunaux permanent peuvent parfois jouer en défaveur des entreprises : «Lorsque vous intervenez sur les marchés publics, les réflexes traditionnels de neutralité conduisent souvent les entreprises à souhaiter un arbitrage international, par opposition aux juridictions locales», conclut Pierrick Le Goff. ■



«Lorsque vous intervenez sur les marchés publics, les réflexes traditionnels de neutralité conduisent souvent les entreprises à souhaiter un arbitrage international.»

Pierrick Le Goff,
directeur juridique, Alstom



(De gauche à droite)

Débat animé par :

Laurent Jaeger,
président du comité consultatif, ICC France

Avec :

Alexander Brabant,
associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper
Jeffrey Holt, directeur juridique, Sofregaz SAS
Alejandro López Ortiz, associé, Mayer Brown

Arbitrage international : Asie, Afrique et Amérique latine



L'arbitrage a connu un essor exponentiel au cours des dernières décennies. Désormais, ce type de gestion de contentieux n'est plus l'exclusivité de l'Amérique du Nord et l'arbitrage international se développe en Asie, en Amérique latine et en Afrique, avec des pratiques diverses et variées.

L'idée selon laquelle il existerait un marché international unifié de l'arbitrage s'est largement répandue. Pourtant, dans les faits, les pratiques diffèrent selon les régions du globe. Jeffrey Holt est directeur juridique de Sofregaz SAS, un groupe spécialisé dans le gaz qui officie notamment en Asie. Il constate : «L'essor de l'arbitrage en Asie est assez récent. Le règlement à l'amiable était auparavant largement privilégié. Dans les années 1990-2000, les transactions ont augmenté et la Chine, la Corée du Sud et Singapour se sont ouvertes au commerce international. Des cabinets d'avocats internationaux et de juristes ont alors vu le jour, avec une stratégie très agressive. Dans les règlements de contentieux avec les Asiatiques, l'Europe doit à présent composer avec ces nouveaux centres d'arbitrage.»

L'Afrique, le continent où le développement de l'arbitrage est le plus récent

Une évolution plus éparse en Amérique latine, comme l'explique Alejandro López Ortiz, associé de Mayer Brown : «De l'extérieur, l'Amérique latine est souvent perçue comme une entité uniforme. Cependant, il existe des différences notables entre les pays. Certains pays ont pris des résolutions pour consolider l'arbitrage, d'autres non. Ainsi, au Pérou, la loi sur les marchés publics situe l'arbitrage comme le règlement par défaut ; au Chili, l'arbitrage est porté par la loi ; et le Brésil semble avoir abandonné ses anciennes résistances quant à l'arbitrage. En revanche, en Bolivie et en Equateur, il demeure une réelle méfiance vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement. Ainsi, la loi bolivienne exclut de l'arbitrage les litiges concernant les ressources naturelles, les services publics ou encore les contrats administratifs.»

Enfin, l'Afrique demeure le continent où le développement de l'arbitrage est le plus récent. «Il y a aujourd'hui une réelle prise de conscience de l'intérêt de l'arbitrage en Afrique. Tout d'abord parce que l'arbitrage est un attrait pour les investisseurs, mais également parce que la création d'une chambre d'arbitrage favorise l'activité économique locale. Enfin, l'Afrique a longtemps souffert d'une vision très négative de son tissu judiciaire. Ce continent entend aujourd'hui prendre le train de la modernité», détaille Alexander Brabant, associé, litigation & regulatory, DLA Piper. ■

Arbitrage et médiation, vers une généralisation du droit des contrats

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (J21) et l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats sont autant de textes qui modifient le cadre législatif du monde des affaires. Quels impacts pratiques et concrets pour les entreprises ?



Avec (de gauche à droite) : **Rosa Taban**, directrice juridique, eJust ; **Nicolas Simon**, arbitre et médiateur, CMAP ; **Fabienne Panneau**, associée, Intellectual Property & Technology, DLA Piper ; **Didier Chavernoz**, directeur juridique, Spie Batignolles ; **Elisabeth Duval**, directrice juridique et contentieux, SFR
Débat animé par : **Sophie Henry**, déléguée générale CMAP

Les litiges entre entreprises progressent. En France, l'année 2016 a vu passer plus de 2,5 millions de dossiers, dont 400 000 en droit commercial. Face à ces chiffres, Nicolas Simon, arbitre et médiateur CMAP, s'interroge : « N'y a-t-il une portion de ces dossiers qui pourraient trouver une issue sans les tribunaux ? Il arrive que des entreprises vivent l'implosion contractuelle. D'une manière générale, il faudrait inciter les acteurs économiques à préférer chercher la raison plutôt que d'avoir raison ! ». Un constat également partagé par Rosa Taban, directrice juridique, eJust : « L'équation est simple : lorsque la zone d'inconfort augmente, la vigilance augmente également, entraînant une augmentation des zones de protection. La réforme du droit des contrats peut amener à une augmentation du nombre de griefs que l'on peut invoquer en contentieux. » Et, de fait, la législation a apporté de récentes évolutions : « La réforme du droit des contrats amène une nouvelle façon

d'appréhender les contentieux : d'une part, les modes alternatifs de règlements de contentieux sont désormais positionnés au même niveau que les autres modes judiciaires. Par ailleurs, le principe de bonne foi est érigé en principe d'ordre public. Cette réforme du droit des contrats va donc changer la manière dont les parties vont concevoir leurs contentieux », explique Fabienne Panneau, associée, intellectual property & technology, DLA Piper. D'ailleurs, au sein des directions juridiques des grands groupes, cette réforme a induit des changements notables. « Nous avons réalisé un petit audit des contrats, afin de savoir si nous étions à jour », explique Elisabeth Duval, directrice juridique et contentieux, SFR. Même son de cloche pour Didier Chavernoz, directeur juridique de SPIE Batignolles : « Pour nous, entreprise de BTP, la réforme n'a pas amené de révolution. Pour autant, les aspects consensus, loyauté et obligation de renseignement ont eu un réel impact sur la négociation. » ■

Action de groupe : le rôle de la médiation

En provenance de l'autre côté de l'Atlantique, l'action de groupe se développe désormais en France. De nouveaux défis pour les entreprises et leurs conseils, qui pour la gestion de ce type de contentieux ont largement recours à la médiation.

L'action de groupe s'est diffusée depuis les Etats-Unis vers la France. « Aux Etats-Unis, bien souvent, les avocats courent après les recours collectifs. Pour ce faire, ils commencent par trouver un individu qui représente le groupe. Ces dossiers entraînent des frais, notamment pour le conseil. Pour le citoyen qui souhaite faire un recours, en revanche, cela ne coûte rien jusqu'au moment du jugement », explique François Filion, associé, directeur Canada, Accuracy. Des procédures longues, mais qui tendent à s'alléger outre-Atlantique : « Au Québec, depuis quelques années, le juge peut imposer aux deux parties le règlement à l'amiable », précise François Filion. « Un

mode de gestion de contentieux assez semblable à celui de la conciliation judiciaire qui existe en France », précise Maria José Azar-Baud, maître de conférences à l'Université Paris-Sud, directrice conformité TRAX. En France, « l'action de groupe est pétrie de médiation. Durant l'action de groupe, il y a une phase de détermination de responsabilité. Rien n'empêche alors les parties de s'adjoindre les services d'un médiateur comme outil à la négociation. Il est également possible de recourir à la médiation après l'action de groupe », précise Catherine Peulvé, vice-présidente d'ACE, médiateur CMAP. Si certaines entreprises craignent l'action de groupe, notamment dans le secteur de la

Arbitrage international en pratique



Avec (de gauche à droite) :

Jean-Yves Besset, directeur juridique, Etam Groupe
Michael Ostrove, associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper
Eduard Saura, Managing Partner, Espagne, Accuracy
Christine Guerrier, VP Dispute Resolution & Litigation, Thales

Débat animé par :

Nathalie Rehby, directrice générale, Satellitis



Après avoir rédigé les clauses d'arbitrage, reste aux entreprises et à leurs conseils à trouver les bons arbitres et à mettre en œuvre l'exécution de la sentence. Deux tâches qui soulèvent souvent de nombreuses problématiques, à l'instar de la porosité entre conseils et arbitres mais également du nombre restreint de juges, pouvant engendrer des conflits d'intérêt.

« Il y a à Paris beaucoup de praticiens de l'arbitrage », constate Christine Guerrier, VP dispute resolution & litigation chez Thales, qui nuance : « Pourtant, l'arbitrage est un milieu qui se connaît bien et qui se rencontre très fréquemment. Aussi, même s'il existe une obligation de révélation étendue, il est extrêmement difficile de s'assurer qu'il n'y a pas de problème de conflit d'intérêt. Pour les entreprises qui ne vivent pas au quotidien l'arbitrage, beaucoup d'éléments demeurent inconnus. Elles doivent donc s'en remettre à leurs conseils. » Une consanguinité également rencontrée dans d'autres pays d'Europe, à l'instar de l'Espagne, comme l'explique Eduard Saura, managing partner Espagne, Accuracy : « Depuis 2014, le nombre d'arbitrages réalisés en Espagne a largement augmenté. Les parties sont très souvent confrontées au problème du choix des arbitres. De fait, en Espagne il existe 120 arbitres. Certains sont présents dans plusieurs cas. Cela présente le problème de l'étanchéité des cas.

Le même problème se pose pour les experts. » Une problématique moins présente dans le monde anglo-saxon, « où le pool d'arbitres est beaucoup plus important », explique Michael Ostrove, associé, litigation & regulatory, DLA Piper.

Pour diversifier et ouvrir ce marché, quelques innovations se mettent en place : « Notre cabinet a signé le "pledge", qui nous pousse à diversifier le panel des arbitres lorsque nous faisons des propositions d'arbitres à nos clients. Il suffit parfois de donner la chance à de nouveaux arbitres », poursuit Michael Ostrove. Reste à justifier ce choix en interne au sein des entreprises : « Le groupe Etam dispose de 3 000 magasins dans le monde et la question des arbitres se pose régulièrement. En effet, face à la direction générale, il nous faut d'abord justifier le choix d'un arbitrage par rapport à un juge. En qualité de directeur juridique, je dois ensuite rendre des comptes sur l'arbitre qui a été choisi », complète Jean-Yves Besset, directeur juridique, Etam Groupe. ■



Avec (de gauche à droite) : **François Filion**, associé directeur, Canada, Accuracy ; **Vonnick Le Guillou**, associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper ; **Catherine Peulvé**, vice-présidente, ACE, médiateur, CMAP ; **Maria José Azar-Baud**, maître de conférences, Université Paris-Sud, directrice conformité, TRAX
 Débat animé par : **Sophie Henry**, déléguée générale, CMAP

santé où les procédures sont encore plus complexes, certaines peuvent trouver un intérêt à se rendre en médiation : « Il y a, à mon sens, un point essentiel dans la médiation », explique Vonnick Le Guillou, associée, litigation & regulatory, DLA Piper,

qui poursuit : « La médiation ne doit pas nécessairement passer par une phase de déclaration de responsabilité judiciaire. Il s'agit d'un point qui peut donner envie aux entreprises d'opter pour la médiation. » ■

Merci à tous les participants



Pierre Bertioz, professeur de droit, conseiller du garde des Sceaux



Jean-Georges Betto, associé, Betto Seraglini



Elisabeth Duval, directrice juridique & contentieux, SFR



Nicolas Barsalou, associé, Accuracy



Carol Xueref, membre du comité d'arbitrage de l'AFA, ancienne secrétaire générale, Essilor International, membre de l'Autorité de la concurrence, membre du Cercle Montesquieu



Sophie Lemaire, professeur de droit international privé et droit du commerce international, Université de Paris Dauphine



Pierrick Le Goff, directeur juridique, Alstom



Dany Khayat, associé, Mayer Brown



Laurent Jaeger, président du comité consultatif, ICC France



Alexander Brabant, associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper



Jeffrey Holt, directeur Juridique, Sofregaz SAS



Alejandro López Ortiz, associé, Mayer Brown



Rosa Taban, directrice juridique, EJUST



Nicolas Simon, arbitre et médiateur, CMAP



Fabienne Panneau, associée Intellectual Property & Technology, DLA Piper



Didier Chavernoz, directeur juridique, Spie Batignolles



Nathalie Rehby, directrice générale, Satellitis



Jean-Yves Besset, directeur juridique, Etam Groupe



Michael Ostrove, associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper



Eduard Saura, Managing Partner, Espagne, Accuracy



Christine Guerrier, VP Dispute Resolution & Litigation, Thales



Sophie Henry, déléguée générale CMAP



François Filion, associé directeur, Canada, Accuracy



Vonnick Le Guillou, associé, Litigation & Regulatory, DLA Piper



Catherine Peulvé, vice-présidente, ACE, médiateur, CMAP



Maria José Azar-Baud, maître de conférences, Université Paris-Sud, directrice conformité, TRAX

A contribué à ce cahier spécial : **Chloé Consigny** - Photos : **Olivier Braive**