

# *Option* **Finance**

[www.optionfinance.fr](http://www.optionfinance.fr)

## **Les Rencontres de l'arbitrage et du contentieux**

Avec *Option* & **DROIT AFFAIRES**

**4<sup>e</sup> édition**

  
**Accuracy**

  
**JEANTET**

**MAYER • BROWN**

**ALLEN & OVERY**

**SL&A**  
SOLÉZ LARIVIÈRE & ASSOCIÉS

**DOSSIER SPÉCIAL**

# 4<sup>e</sup> édition des Rencontres de l'arbitrage et du contentieux



En introduction de la quatrième édition des Rencontres de l'arbitrage et du contentieux organisée par Option Finance le 30 janvier dernier, **Emmanuel Gaillard**, Partner, Shearman & Sterling LLP, est revenu sur les récentes évolutions de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international : «A mon sens, il y a aujourd'hui trois caractéristiques principales : tout d'abord une très grande précision dans les concepts et une distinction faite entre les lois de police et l'ordre public international ; ensuite, un souci aigu du respect des valeurs morales ; enfin, une certaine défiance à l'égard du droit des investissements.»

## Les nouveaux territoires de l'arbitrage et leur impact sur la pratique

L'arbitrage n'est plus aujourd'hui l'apanage exclusif du Vieux Continent. Ainsi, si en 2006, 39 % des parties étaient originaires d'Europe occidentale, elles ne représentent plus que 24 % aujourd'hui, au profit d'autres régions du globe, comme l'Afrique, l'Asie, l'Europe de l'Est ou encore le Moyen-Orient. Quels sont les impacts de l'émergence de nouveaux centres d'arbitrage international sur la pratique ?

Les experts de l'arbitrage doivent aujourd'hui composer avec de nouveaux territoires géographiques. Dans ses activités internationales, le groupe Accor opère régulièrement sur le continent africain : «En Afrique, il y a une surreprésentation de l'Etat dans les relations contractuelles», explique Sabine Martinon, directeur juridique division Moyen-Orient Afrique, AccorHotels qui précise : «Cette imbrication forte entre le pouvoir politique et l'économie a des conséquences sur la pratique. Lors d'un contentieux, ce sont tous les autres contrats dans un même pays qui peuvent se trouver mis à mal. L'Etat

peut alors résilier notre contrat ou choisir de ne pas renouveler notre licence d'exploitation.» Des spécificités qui se retrouvent également dans d'autres régions du globe. «Nous avons signé de nombreux contrats stratégiques au Japon, en Corée ou encore au Kazakhstan», explique Marie-Aude Ziade, directrice juridique - résolution des différends, Areva - Orano. Pour ce faire, le groupe s'est organisé en interne afin de répondre aux spécificités de ces nouveaux territoires : «Il n'est pas envisageable de mener une stratégie standardisée, nous devons faire du cas par cas. Par ailleurs, nous avons régulièrement à faire face à des



Avec (de gauche à droite) :

- **Achille Ngwanza**, président du groupe de travail OHADA, Comité Français de l'Arbitrage
- **Ioana Knoll-Tudor**, counsel, Jeantet
- **Marc Henry**, président, Association Française d'Arbitrage (AFA)
- **Sabine Martinon**, directeur juridique division Moyen Orient Afrique, Accor Hotels
- **Marie-Aude Ziade**, directrice juridique - résolution des différends, Areva - Orano

Animée par : **Diamana Diawara**, conseiller, Cour internationale d'arbitrage de la CCI

entités étatiques qui dialoguent entre elles. D'où l'importance de mener un audit interne de toutes les clauses de dispute afin de se doter d'une force de négociation cohérente.» Même constat en Europe de l'Est où l'arbitrage a connu au cours des dernières années une très forte croissance. «L'Europe de l'Est n'est pas une zone uniforme, mais un puzzle avec de nombreuses spécificités. Dans cette région, l'Etat reste un interlocuteur important pour les investisseurs, notamment sur les secteurs stratégiques, tels que l'énergie ou l'infrastructure», constate Ioana Knoll-Tudor, counsel, Jeantet. Autre constat des experts : une tendance de la part des Etats à opter pour la politique de la chaise vide, choisissant de plus en plus de se faire représenter. Du côté des conseils, on déplore par ailleurs la lenteur d'exécution des

sentences. «Dans ces nouveaux territoires, il existe de réelles difficultés à faire exécuter une décision judiciaire», prévient Marc Henry, président, Association Française d'Arbitrage (AFA). Des longueurs qui, en Afrique, ont été encadrées par la réforme du 23 novembre 2017. «Le contentieux est aujourd'hui encadré temporellement», constate Achille Ngwanza, président du groupe de travail Ohada, comité français de l'arbitrage, qui précise : «La demande doit être traitée par le juge national dans un délai de 30 jours. Une démarche semblable est prévue en matière de contentieux d'annulation de sentence où, passé le délai de trois mois, si le juge interne ne s'est pas prononcé, la requête est transmise à la CCJA qui a alors six mois pour trancher.» ■

## L'évolution des contentieux en matière de pratiques anticoncurrentielles

La directive communautaire du 26 novembre 2014 transposée en 2017, régit les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles. Pour les groupes victimes accompagnés de leurs conseils, il s'agit de chiffrer le préjudice subi de façon directe et indirecte afin d'obtenir réparation. Des procédures qui ne sont pas toujours couronnées de succès et qui s'inscrivent souvent dans le temps long.

«Lorsqu'il existe une telle différence de poids économique entre des acteurs qui opèrent sur un même marché, l'entreprise victime qui se dirige vers le contentieux ne cherche pas l'appât du gain. Elle cherche avant tout à mettre un terme à une pratique qui pourrait être létale pour elle», prévient d'emblée Martial Houle, secrétaire général et directeur juridique Direct Energie et secrétaire général, Cercle Montesquieu. Face à ses concurrents, le groupe Direct Energie peut être confronté à

des situations d'abus de position dominante. «Dans ce type de démarche, il est indispensable de prendre en compte le critère temps. Entre les mesures conservatoires et les appels sur les décisions, la procédure peut durer cinq années !» Une lenteur des procédures qui, à nouveau, peut avoir des conséquences létales pour un groupe en attente d'injonction. Pour s'en prévaloir, certaines entreprises font le choix du tribunal de commerce : «Contrairement à l'autorité de la concurrence, un



Avec (de gauche à droite) :

- Jean-Baptiste Siproudhis, directeur conformité, Atos
- Jean-Yves Trochon, vice-président, AFJE
- Martial Houlle, secrétaire général et directeur juridique, Direct Energie et secrétaire général, Cercle Montesquieu
- Xavier Chevreux, associé, Accuracy

Animée par : Emmanuel Fenet, Option Finance

recours au tribunal de commerce permet d'obtenir une injonction en six mois», souligne Martial Houlle. Dans les panels d'accords transactionnels actuellement à la disposition des entreprises qui découvrent d'éventuels faits de violation des règles de concurrence se trouve la clémence : «Une stratégie de demande de clémence peut s'envisager dans deux scénarios et peuvent permettre d'aboutir soit à une immunité totale – à défaut d'enquête et sur la base d'éléments de compliance solides – soit à une réduction de l'amende pouvant aller jusqu'à 50 % – suite à une enquête lourde», détaille Jean-Yves Trochon, vice-président, AFJE, et précédemment en charge de l'anti-trust chez Lafarge. Pour chiffrer le montant des préjudices et les pertes indirectes, des experts économiques interviennent. «Nous utilisons la méthode du scénario contre-factuel qui consiste à mettre la société dans une situation où les règles de concurrence

ne se seraient pas produites et à évaluer la différence de profit», explique Xavier Chevreux, associé, Accuracy, qui analyse : «Très souvent, ces infractions sont anciennes. Elles peuvent ainsi avoir plus de 20 ans. Dans ce cas, nous ne pouvons pas nous contenter des chiffres, mais nous devons avoir une explication de texte en faisant appel à la mémoire de l'entreprise. C'est-à-dire aux collaborateurs qui, parfois, ont quitté le groupe.» Pour éviter d'en arriver au contentieux, les entreprises renforcent leurs équipes compliances. «La compliance est avant tout une culture de bon réflexe permettant de sensibiliser les opérationnels qui ne connaissent pas le droit. A mon sens, il s'agit là d'un nouveau territoire du droit de la concurrence. Malheureusement, l'autorité n'est pas assez active dans ce domaine», conclut Jean-Baptiste Siproudhis, directeur conformité, Atos. ■

## Convention judiciaire d'intérêt public, aspects internationaux

**La loi Sapin II introduit dans le droit français une forme de justice négociée. De quelle façon les acteurs économiques se sont-ils emparés de cette loi ?**

«**E**n 12 années d'expérience, j'ai pu constater une évolution de la part des directions en matière de risque pénal. Aujourd'hui, le risque pénal est omniprésent en entreprise. Mon métier au sein d'Orano est de prévenir ce risque pénal. Il s'agit d'un risque réel et nos dirigeants en ont enfin pris conscience», constate Marie-Aude Ziade, directrice juridique, résolution des différends, Areva – Orano. Se mettre aux standards de l'OCDE (convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers entrée en vigueur en 1999) et répondre aux amendes américaines (FCPA 1977) a ainsi conduit de nombreux pays à agir. Pour traiter ces questions, la France a adopté la loi Sapin II

qui a permis de créer une agence anticorruption. «L'Agence française anti-corruption a un pouvoir de contrôle préventif. L'AFA est également dotée d'un monopole légal de contrôle de l'exécution de l'obligation de mise en conformité», précise Gérald Bégranger, directeur adjoint, Agence française anticorruption (AFA). Sapin II introduit également une forme de justice négociée. «Avec Sapin II, nous avons enfin une législation qui nous met à armes égales avec les Etats-Unis», souligne Jean-Yves Trochon, vice-président, AFJE. «En France, la question de la discussion avec les autorités a longtemps été taboue. Aux Etats-Unis, il est possible de négocier presque tout avec les auto-

rités américaines : le périmètre des faits, le montant de l'amende ou encore la rédaction du «statement of fact». Il s'agit là d'une révolution de notre système de pensée que de pouvoir éteindre

des faits qui sont poursuivis par des sanctions très lourdes par une transaction», analyse Astrid Mignon-Colombet, associée, Soulez, Larivière & Associés. ■



Avec (de gauche à droite) :

- **Gérald Bégranger**, directeur adjoint, Agence Française Anticorruption (AFA)
- **Astrid Mignon-Colombet**, associée, Soulez Larivière & Associés
- **Marie-Aude Ziade**, directrice juridique - résolution des Différends, Areva - Orano
- **Jean-Yves Trochon**, vice-président, AFJE

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

## Vers une class action à la française ?

Les procédures intermédiaires et le droit de la concurrence évoluent. Allons-nous vers la création de class actions à la française ?

En France, l'évolution des procédures indemnitaires a été portée par l'adoption de la loi Hamon. Selon Isabelle Manevy, juriste concurrence, UFC Que Choisir, les résultats sont très mitigés : «Seules dix procédures ont pu être lancées depuis l'adoption de la loi Hamon. La première action de groupe lancée en 2014 est toujours en cours devant le TGI de Nanterre.» Elle ajoute : «Il faudrait faire évoluer la loi qui, pour l'heure, contraint les consommateurs à démontrer un préjudice économique.» Un constat également partagé du côté des usagers de transport. «L'asymétrie de moyens financiers entre les parties ainsi que la durée des procédures sont des freins aux actions de groupe», indique Marc Debrincat, responsable des services juridiques, Fnaut, membre du conseil d'administration, SNCF Mobilités.

Si les procédures collectives tentent de s'organiser en France, pour l'universitaire Maria José Azar-Baud, maître de conférence, Université Paris-Sud, spécialiste des actions collectives : «Nous sommes encore loin des class actions à l'américaine, système dans lequel l'avocat est considéré comme un private general attorney. Par ailleurs, nous sommes loin du système où les victimes des pratiques anticoncurrentielles siègent dans les jurys populaires et nous sommes loin du système de dommage punitif où la responsabilité civile vise à confisquer les gains illicites et à assainir le marché.» Elle nuance toutefois : «Néanmoins, les règles probatoires relatives à la possibilité de demander certaines catégories de preuves semblent s'approcher de l'emblématique pré-trial discovery.» ■



Avec (de gauche à droite) :

- **Maria José Azar-Baud**, maître de conférences, Université Paris-Sud, spécialiste des actions collectives
- **Isabelle Manevy**, juriste concurrence, UFC-Que Choisir
- **Marc Debrincat**, responsable des services juridiques, FNAUT, membre du conseil d'administration, SNCF Mobilités

## L'arbitrage dans un monde digital

La révolution digitale touche tous les secteurs y compris le monde du droit des affaires. Une justice totalement digitalisée reste cependant à l'heure actuelle peu probable.

«Le principal frein au développement du digital dans les arbitrages est la confidentialité», prévient d'emblée Diana Bowman, responsable juridique, Vinci Energies, qui précise : «Nombreux sont les collaborateurs à transmettre des pièces par email, à échanger via WhatsApp ou encore à conserver des copies sur des clés USB. Tous ces éléments peuvent poser question car, dans le cadre d'un arbitrage, nous traitons de sujets sensibles qui impliquent les Etats et peuvent influencer les cours de Bourse.» Malgré ces réticences, nombreuses sont les legaltechs à voir le jour. «L'innovation digitale va permettre d'augmenter la productivité et de réduire les coûts liés à l'arbitrage», explique Denis Mouralis, Conseiller, CMAP, professeur

de droit à l'Université d'Aix-Marseille qui nuance toutefois : «La première des priorités est de sécuriser les échanges. Il faut également porter une attention toute particulière au stockage des données.» La digitalisation a ainsi donné naissance à des innovations techniques, à l'instar d'Ejust, plateforme en ligne d'arbitrage à destination des litiges de faible valeur (moins de 50 000 euros). «La plateforme rationalise, simplifie et raccourcit le processus, et permet à l'arbitre d'avoir une vue d'ensemble du litige afin d'aller beaucoup plus vite», précise Anne-Sophie Reynaud, business development, Ejust, qui conclut : «Ejust permet ainsi de donner l'arbitrage à des entreprises qui ne pourraient y avoir accès.» ■



• Anne-Sophie Reynaud, business development, EJUST • Denis Mouralis, conseiller, CMAP, professeur de droit à Aix Marseille Université  
• Diana Bowman, responsable Juridique, VINCI Energies  
Animée par : Sophie Henry, déléguée générale, CMAP

## Les avancées permises par convention judiciaire d'intérêt public

La loi Sapin II relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique instaure dans l'un de ses amendements la CJIP. Pour les experts, il s'agit là d'une réelle évolution, voire même une révolution.



• Gérald Bégranger, directeur adjoint, Agence française anticorruption (AFA) • Denis Chemla, associé senior responsable du département contentieux, Allen & Overy • Dan Benguigui, counsel auprès du département contentieux, Allen & Overy  
Animée par : Nathalie Rehby, directrice générale, Satellitis

«En France, nombreuses ont été les réticences concernant la mise en place de la CJIP qui introduit une forme de justice négociée», se souvient Gérald Bégranger, directeur adjoint, Agence française anticorruption (AFA) qui précise : «Sept affaires sur dix de corruption d'agents publics étrangers sont réglées par la voie transactionnelle.» L'amendement a finalement été adopté et un consensus s'est fait rapidement autour de la nécessité de cet outil. «En tant que praticien international, je considère cette CJIP comme une avancée exceptionnelle. Le parquet national financier et les procureurs se sont emparés de cet instrument. Dans l'affaire HSBC, nous avons pu négocier

car le texte donne des pistes pour fixation de l'amende d'intérêt public et les avantages retirés des manquements constatés», explique Denis Chemla, counsel auprès du département contentieux, Allen & Overy. Parmi les points négatifs, les experts déplorent que cet outil ne s'applique pas aux personnes physiques. «C'est un problème fondamental. C'est-à-dire qu'il est possible de négocier pour la personne morale de bénéficier d'une extinction de l'action publique mais les dirigeants eux vont être renvoyés devant le tribunal correctionnel pour les mêmes faits», déplore Dan Benguigui, associé senior, responsable du département contentieux, Allen & Overy. ■

## La procédure accélérée : premier bilan

La procédure accélérée de la CCI est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2017. Si elle permet d'aller plus vite, elle s'adresse néanmoins uniquement aux litiges dont l'enjeu financier ne dépasse pas 2 millions de dollars.

• **Hervé Chambon**, responsable pôle contentieux, direction juridique & contrats, VINCI Construction Grands Projets  
• **Catherine Schroeder**, counsel, Derains Gharavi France  
Animée par : **Gabriele Ruscalla**, conseiller, Cour internationale d'arbitrage de la CCI



La procédure accélérée s'applique de façon automatique ou à la demande des parties. Pour les litiges n'excédant pas 2 millions de dollars, celle-ci a pour objectif de réduire le temps de contentieux, notamment en donnant la possibilité de ne nommer qu'un seul arbitre et en limitant la production de documents. «La nomination d'un arbitre unique va permettre de limiter considérablement le temps de procédure. Par ailleurs, d'un point de vue financier, les honoraires des arbitres sont réduits de 20 % par rapport à la procédure classique. Enfin, le fait de ne pas avoir à établir d'acte de mission permet également de gagner beaucoup de temps», explique Catherine Schroeder, counsel, Derains Gharavi France.

Même si elle est très récente, la procédure accélérée suscite un vif intérêt de la part des entreprises qui conservent toutefois quelques interrogations. «Avec cette procédure accélérée, on retrouve les avantages de l'arbitrage tel que la confidentialité. Cependant, la cour peut décider de conserver un tribunal arbitral de trois arbitres. A mon sens, la présence de trois arbitres peut permettre de créer une chambre de réflexion. Par ailleurs, l'absence d'acte de mission me semble inquiétante, car il s'agit là d'un instrument déterminant et je crains le risque de contestation sur une sentence», analyse Hervé Chambon, responsable pôle contentieux, direction juridique et contrats, Vinci Construction grands projets. ■

## L'arbitrage construction : retour sur les bonnes pratiques

De par son ancienneté, l'arbitrage construction a été le laboratoire de nouvelles pratiques en matière d'arbitrage international.



• **Jeffrey Holt**, ancien directeur juridique, Sofregaz SAS • **Laurent Gaultier**, vice-president legal operations & transformation, Alstom  
• **Alejandro López Ortiz**, associé, Mayer Brown • **Nicolas Bourdon**, associé, Accuracy  
Animée par : Laurent Jaeger, président du comité consultatif, ICC France

Dans les étapes pré-arbitrales, les dispute boards (DB) sont fréquents dans les contrats de construction comme condition préalable à l'arbitrage. «Depuis décembre 2017, existe le DB permanent. Celui-ci renforce la fonction préventive du DB en maximisant l'avantage du mécanisme car il accompagne le projet dans toute son exécution», constate Alejandro Lopez Ortiz, associé, Mayer Brown. Autre aspect de la prévention des arbitrages en matière de construction, le med arb et l'arb med arb. «Il existe des pratiques différentes selon les pays. La juridiction qui pratique l'arb med arb est celle de Singapour qui a déjà traité 10 à 12 cas. Cela consiste en une procédure qui désigne un médiateur et un tribunal arbitral. Commence alors la médiation. Si celle-ci est réussie, l'arbitrage est évité»,

explique Jeffrey Holt, ancien directeur juridique, Sofregaz SAS. Du point de vue d'un grand groupe international, l'arbitrage reste le mode privilégié de règlement des litiges. «Les projets sont généralement de taille importante, pouvant dépasser le milliard, ce qui explique pourquoi l'arbitrage est souvent privilégié. Ces sujets sont techniques et amènent toujours la mise en place d'expertises», explique Laurent Gaultier, vice president, Legal Operations & Transformation, Alstom. De fait, les experts sont toujours sollicités. Ils sont techniques, mais également financiers. «A mon sens, il est fondamental d'avoir un chef d'orchestre qui chapeaute les experts, tout en les laissant libres de leurs mouvements», détaille Nicolas Bourdon, associé, Accuracy. ■

## Merci à tous les participants



**Emmanuel Gaillard**,  
partner, Shearman &  
Sterling Llp



**Marc Henry**, président, AFA



**Ioana Knoll-Tudor**, counsel,  
Jeantet



**Sabine Martinon**, directeur  
juridique division Moyen  
Orient Afrique, Accor Hotels



**Achille Ngwanza**,  
président du groupe de  
travail OHADA, Comité  
français de l'arbitrage



**Marie-Aude Ziade**,  
directrice juridique -  
résolution des Différends,  
Areva - Orano



**Diamana Diawara**,  
conseiller, Cour  
Internationale d'Arbitrage  
de la CCI



**Xavier Chevreux**, associé,  
Accuracy



**Martial Houlle**, secrétaire  
général et directeur  
juridique, Direct Energie



**Jean-Baptiste Siproudhis**,  
directeur conformité, Atos



**Jean-Yves Trochon**, vice-  
président, AFJE



**Gérald Bégranger**,  
directeur adjoint, Agence  
Française Anticorruption



**Astrid Mignon-Colombet**,  
associée, Soulez Larivière &  
Associés



**Maria José Azar-Baud**,  
maître de conférences,  
Université Paris-Sud



**Marc Debrincat**,  
responsable des services  
juridiques, Fnaut



**Isabelle Manevy**, juriste  
concurrence, UFC-Que  
Choisir



**Diana Bowman**,  
responsable juridique, Vinci  
energies



**Denis Mouralis**, conseiller,  
CMAP, professeur de droit à  
Aix Marseille Université



**Anne-Sophie Reynaud**,  
business development,  
EJUST



**Sophie Henry**, déléguée  
générale, CMAP



**Denis Chemla**, associé  
senior responsable du  
département contentieux,  
Allen & Overy



**Dan Benguigui**, counsel  
auprès du département  
contentieux, Allen & Overy



**Catherine Schroeder**,  
counsel, Derains et Gharavi  
France



**Hervé Chambon**, direction  
juridique & contrats, VINCI  
Construction Grands Projets



**Gabriele Ruscalla**,  
conseiller, Cour  
Internationale d'Arbitrage  
de la CCI



**Alejandro López Ortiz**,  
associé, Mayer Brown



**Nicolas Bourdon**, associé,  
Accuracy



**Laurent Gaultier**, vice-  
président Legal Operations  
& Transformation, Alstom



**Jeffrey Holt**, ancien  
directeur juridique, Sofregaz  
SAS



**Laurent Jaeger**, président  
du comité consultatif, ICC  
France

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