

Option Finance
LES DIRECTS

LES RENCONTRES
DE L'ARBITRAGE
ET DU
CONTENTIEUX

AVEC *Option*
DROIT & AFFAIRES

DOSSIER SPÉCIAL



KING & SPALDING



LES RENCONTRES DE L'ARBITRAGE ET DU CONTENTIEUX

INTRODUCTION



Noëlle Lenoir,
ancienne
ministre
des Affaires
européennes



Nicolas Barsalou,
associé,
Accuracy

Avec la crise sanitaire, la dématérialisation des procédures et les audiences virtuelles ont connu un essor à marche forcée, notamment en matière contentieuse. Une évolution « qui fonctionne parfaitement », selon l'associé du cabinet français de conseil financier Accuracy, Nicolas

Barsalou, et qui va de pair avec une multiplication des contentieux en droit social, en matière financière ou encore en droit de l'environnement. Dans ce contexte, le marché de l'arbitrage fait également sa mue, et le développement de Paris en tant que place centrale pour l'arbitrage international est plus que jamais au cœur des débats. « C'est un élément très positif pour les entreprises, qui ont de plus en plus besoin de sécurité juridique et de solutions prévisibles dans le temps », a souligné à ce sujet l'avocate Noëlle Lenoir, ancienne ministre des Affaires européennes, en introduction des 7^e Rencontres de l'arbitrage et du contentieux organisées par Option Finance, qui se sont tenues en ligne le 26 janvier dernier. *Dossier réalisé par Chloé Enkaoua*

ÉPISODE 1

Crise économique et sanitaire : vers une recrudescence des contentieux ?

Les professionnels du droit et les entreprises ont craint que la crise sanitaire n'entraîne une multiplication des dépôts de plainte. En réalité, le moment a plutôt été propice à la souplesse et à la mise en place de mécanismes favorisant la négociation et la discussion. Concernant l'arbitrage d'investissement, en revanche, les effets risquent de se faire ressentir plus tard.

La pandémie a bouleversé la manière d'appréhender les risques et de gérer les contentieux. Pour Orano, société spécialisée dans la production d'énergie nucléaire, il a fallu très vite dépasser la phase de sidération pour s'adapter et réagir. « Ayant une activité de construction très prégnante, le premier effet lors du premier confinement a été la mise à l'épreuve de l'exécution des contrats, et la suspension pure et simple de certains de nos

chantiers », explique Stéphanie Smatt-Pinelli, directrice juridique règlements des différends du groupe. « Nous avons rapidement mis en place des

groupes de travail hebdomadaires afin de dégager une ligne de conduite et éviter ainsi d'être paralysés par des sujets purement contrac-

tuels. » Ne souhaitant pas utiliser la crise « de manière trop agressive » envers leurs partenaires, c'est le report qui s'est imposé. Avec toutefois



« Le besoin de relancer les économies aujourd'hui peut conduire les Etats à prendre certaines mesures protectionnistes, qui pourront avoir un effet discriminatoire sur les investisseurs étrangers. »

Théobald Naud, associé, DLA Piper

l'émergence de nouvelles questions comme celle du partage des responsabilités, ainsi qu'une forme d'instrumentalisation de la crise avec des entreprises prenant prétexte de la crise sanitaire pour rappeler des désordres passés.

« Nous sommes contraints à l'agilité. Un certain nombre de situations dans lesquelles on a senti qu'un différend pouvait poindre ont par exemple été réglées par voie d'avenants », résume Stéphanie Smatt-Pinelli.

Force majeure et arbitrages d'investissement

Anne Guillemin, juriste contentieux au sein du groupe BNP Paribas, n'a pour l'instant pas constaté d'augmentation significative des contentieux, hormis pour les contentieux « deep pocket » initiés par des plaignants tentant de faire payer la banque pour les carences d'autres intervenants. De même pour le recours aux concepts de force majeure et d'imprévision. « Nous aurions pu craindre des contentieux pour vice de forme, dans un contexte où les banques ont recouru massivement au digital. Mais les ordonnances du gouvernement ont apporté des adaptations en sécurisant juridiquement les communications dématérialisées pendant cette période », observe-t-elle. Dans un second temps, la



“ Nous sommes contraints à l'agilité. Un certain nombre de situations dans lesquelles on a senti qu'un différend pouvait poindre ont par exemple été réglées par voie d'avenants. ”

Stéphanie Smatt-Pinelli, directrice juridique règlements des différends, Orano

juriste anticipe toutefois des contentieux liés à des restructurations ou à des difficultés de remboursement des PGE. Concernant les arbitrages commerciaux, les partenaires privilégient pour l'instant également les solutions amiables afin de préserver les relations établies. Pour l'arbitrage d'investissement, en revanche, la situation est plus complexe. « Il faut distinguer deux types de mesures », expose Théobald Naud, associé chez DLA Piper. « Les mesures sanitaires prises par les Etats pour tenter d'endiguer la pandémie, qui ont parfois limité la liberté d'entreprendre mais qui

étaient avant tout destinées à protéger la santé publique, et celles prises par les Etats dans un deuxième temps pour relancer les économies : aides, avantages fiscaux... Dans le premier cas, on ne voit pas de menaces d'actions de la part des investisseurs étrangers. Dans le second, en revanche, on peut s'attendre à une plus grande critique et une remise en cause de cette démarche. Le besoin de relancer les économies aujourd'hui peut en effet conduire les Etats à prendre certaines mesures protectionnistes, qui pourront avoir un effet discriminatoire sur les investisseurs étrangers. »
Affaire à suivre. ■



“ Les ordonnances du gouvernement ont apporté des adaptations en sécurisant juridiquement les communications dématérialisées pendant cette période. ”

Anne Guillemin, juriste contentieux, BNP Paribas

ÉPISODE 2

Protection de l'environnement : faut-il s'attendre à une vague de contentieux environnementaux ?

A l'heure d'une crise environnementale sans précédent, les contentieux en la matière ne continuent de représenter que 1 % des condamnations pénales et 0,5 % des actions civiles. Des données qui pourraient bien évoluer avec l'adoption du projet de loi créant une nouvelle justice pour l'environnement.

Coup de tonnerre dans la justice pénale environnementale. Le 24 décembre dernier, la loi relative au parquet européen, à la justice

environnementale et à la justice pénale spécialisée en effet été promulguée, dessinant les contours d'une nouvelle réponse judiciaire



“ Le couple préfet/procureur se renforce avec cette réforme et l'on va désormais discuter avec les deux dans un même dossier. ”

Yvon Martinet, associé, DS Avocats



“ Les pouvoirs publics ont enfin compris que le tout pénal n’était pas la réponse. ”

Françoise Benezech, premier vice-procureur et cheffe de section S2 social consommation environnement, Parquet de Paris

aux atteintes à l’environnement. Parmi les axes majeurs de cette loi, le projet de création d’une convention judiciaire d’intérêt public (CJIP) en matière environnementale. L’objectif est de permettre une meilleure réparation des dommages causés par les entreprises sur l’environnement. « Le but est de rendre

efficaces les remises en état, les remédiations... En bref, tout ce que l’on pratique depuis longtemps en droit de l’environnement mais de manière plus systémique », commente Yvon Martinet, associé chez DS Avocats.

Principale différence : une CJIP se négocie avec le procureur de la République avant d’être validée par le président du tribunal judiciaire. « Le couple préfet/procureur se renforce avec cette réforme, et l’on va désormais discuter avec les deux dans un même dossier », confirme l’associé. Autre innovation, la création de pôles et juges spécialisés en matière de contentieux environnemental dans le ressort de chaque cour d’appel. Une spécialisation qui devrait notamment permettre de renforcer la sécurité juridique grâce à des décisions de première instance plus rapides et argumentées.

Place aux MARD

Face à l’abondance des nouvelles normes environnementales, doit-on s’attendre à voir fleurir les contentieux environnementaux ? Selon Gabriel Touchard, responsable juridique du



“ Grâce notamment à la Convention citoyenne pour le climat, le gouvernement a fait feu de tout bois dans la mise à disposition des instruments juridiques pour la protection de l’environnement et la lutte contre le dérèglement climatique. ”

Gabriel Touchard, responsable juridique, groupe Engie et médiateur, CMAP

groupe Engie et médiateur au CMAP, cela devrait être le cas. « Les chiffres à eux seuls expliquent cela. Rien qu’en 2020, la température a augmenté de 1,3 degré », souligne-t-il. « Face à cette chronique d’une catastrophe annoncée, nous avons désormais des instruments de lutte. Depuis environ un an, et grâce notamment à la Convention citoyenne pour le climat, le gouvernement a fait feu de tout bois dans la mise à disposition des instruments juridiques pour la protection de l’environnement et la lutte contre le dérèglement climatique. »

Dans ce cadre, les modes

alternatifs de règlement des différends (MARD) ont pleine vocation à se faire une place. « Les pouvoirs publics ont enfin compris que le tout pénal n’était pas la réponse », se félicite Françoise Benezech, premier vice-procureur et cheffe de section S2 social consommation environnement du Parquet de Paris. « L’idée n’est pas d’aller à l’affrontement, mais de travailler ensemble à trouver les équilibres. Grâce aux MARD, nous allons pouvoir désormais nous attaquer à des affaires encore plus intéressantes. A nous désormais d’éduquer les administrations à utiliser tous ces nouveaux modes. » ■

ÉPISODE 3

Comment la crise accélère-t-elle la mutation du marché de l’arbitrage ?

Adapté au distanciel et aux nouvelles technologies, l’arbitrage a démontré toute sa souplesse et ses atouts au cours des confinements successifs. Points de vue croisés sur cette procédure en pleine mutation.

La pandémie de Covid-19 aura indéniablement rebattu les cartes du monde juridique et judiciaire. Selon Ian Kayanakis, administrateur et directeur juridique du

groupe Segula Technologies, si les entreprises n’ont pas encore « rencontré leur contentieux », elles anticipent d’ores et déjà des conflits avec leurs partenaires. « Une vague de conten-

tieux pourrait bientôt déferler. Or, nous pensons que les institutions judiciaires, déjà sous pression, ne seront pas capables de gérer ce flux ascendant de contentieux », met-il en garde.

L’arbitrage, parfaitement adapté au digital

Dans ce cadre, les MARD et surtout l’arbitrage vont s’imposer comme de véri-



“ Une vague de contentieux pourrait bientôt déferler. Or, nous pensons que les institutions judiciaires, déjà sous pression, ne seront pas capables de gérer ce flux ascendant de contentieux. ”

Ian Kayanakis, administrateur, AJFE et directeur juridique et conformité, Segula Technologies

tables réponses à ce problème. Flexible et parfaitement adapté au digital, ce dernier apparaît en effet comme la procédure la plus adéquate en temps de distanciation sociale.

Cela, les institutions telles que la CCI l'ont bien compris, et la crise n'a fait qu'accroître une tendance déjà bien ancrée, notamment

au travers de la procédure d'arbitrage accélérée. « Il s'agit d'une procédure plus rapide et moins chère, qui a démontré toute son efficacité au moment du confinement », affirme Lætitia de Montalivet, director, arbitration and adr, Europe, ICC International Court of Arbitration. A tel point que le seuil initialement fixé à 2 millions de dollars est passé à 3 millions depuis 2020. « Cela répond à une demande de davantage de souplesse de la part des entreprises. Il faudra en revanche trouver un équilibre entre le tout distanciel et le présentiel. »

Arbitrage nomade

Pour autant, l'arbitrage digital est-il adapté à tous les dossiers ? « Il est plus compliqué de prendre la température de tout le monde à distance, et de décrypter le “body language” » témoigne Michael Ostrove, associé chez DLA Piper. « Il faut se concentrer autrement, et apprendre à remplacer l'humain par une caméra. Dans une affaire où la crédibilité d'un témoin est en question, il est donc préférable de conserver le présentiel. » Pour l'associé, il est également important d'être plus

concis dans le cadre des arbitrages à distance, qui tendent cependant à se pérenniser. « Nous allons en quelque sorte passer de l'enfance à l'âge adulte », prédit Michael Ostrove. « Plus tard, nous allons sourire en repensant au fait que les gens prenaient l'avion par crainte des arbitrages digitaux. Nous allons très certainement tirer des leçons de cette crise. »

L'arbitrage devrait s'imposer davantage pour les PME

Un avis partagé par Karl Hennessee, senior vice-president d'Airbus, pour qui l'arbitrage nomade a de très beaux jours devant lui. « Face à la fragilité de nos réseaux business, il est important de trouver une solution, et les outils offrent l'alternative la plus rapide et efficace pour entretenir la relation client. » Pour Ian Kayanakis, de manière générale, l'arbitrage devrait s'imposer encore davantage pour les PME, notamment en matière de baux commerciaux ou de droit du travail. « Il s'agit de développer de nouveaux domaines et de nouveaux



“ La procédure d'arbitrage accélérée est plus rapide et moins chère, et a démontré toute son efficacité au moment du confinement. ”

Lætitia de Montalivet, director, arbitration and ADR, Europe, ICC International Court of Arbitration

arbitres, pour faire en sorte d'augmenter l'offre et de coller au plus près du tissu économique français », conclut-il. ■



“ Dans une affaire où la crédibilité d'un témoin est en question, il est préférable de conserver le présentiel. ”

Michael Ostrove, partner, DLA Piper



“ Face à la fragilité de nos réseaux business, il est important de trouver une solution, et les outils offrent

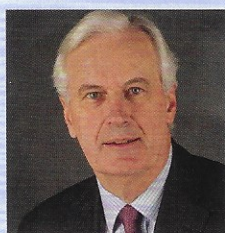
l'alternative la plus rapide et efficace pour entretenir la relation client. ”

Karl Hennessee, senior vice-president, Airbus



Accord sur le Brexit : vers une complexité accrue des procédures

« Le Brexit, on ne l'a pas voulu. C'est une décision unilatérale » estime Michel Barnier, négociateur en chef de l'Union européenne pour le Brexit au sein de la Commission européenne. « Pour la première fois en 60 ans, nous avons négocié avec un pays tiers en faisant en sorte de maîtriser les divergences réglementaires plutôt que pour encourager les convergences. » Pour Hervé Gouletquer, senior economist advisor chez Accuracy, le fait que le Royaume-Uni s'éloigne de l'Europe a plusieurs dimensions :



Michel Barnier, négociateur en chef de l'UE pour le Brexit, Commission européenne

“ Pour la première fois en 60 ans, nous avons négocié avec un pays tiers en faisant en sorte de maîtriser les divergences réglementaires plutôt que pour encourager les convergences. ”

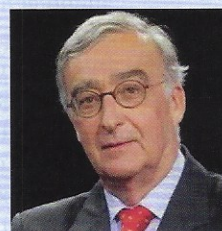


Hervé Gouletquer, senior economist advisor, Accuracy

“ Les britanniques ont certes retrouvé une souveraineté formelle, mais je ne pense pas que cela leur donnera une plus grande capacité à contrôler leur destin. ”

géographique bien sûr, historique, mais aussi économique. « Cela risque d'être difficile pour les Britanniques », commente-t-il sur ce dernier aspect. « Ils ont certes retrouvé une souveraineté formelle, mais je ne pense pas que cela leur donnera une plus grande capacité à contrôler leur destin. Leur objectif est d'améliorer leur économie en renforçant le terreau social régional du pays, mais pour ce faire, il faut une économie plus forte et la volonté d'être plus compétitifs à l'extérieur. » Parmi les victimes collatérales du Brexit, l'arbitrage et les procédures contentieuses figurent en bonne place. « En ce qui concerne

le règlement des différends d'Etats à Etats, les avocats vont avoir beaucoup de travail » prédit Hervé Jouanjean, senior trade expert chez King & Spalding. « Nous sommes face à un système de règlements des différends bilatéral assez complexe à mettre en œuvre, tant d'un point de vue pratique que d'interprétation. » Les procédures s'en trouveront-elles impactées ? « Oui et non », estime Hervé Jouanjean. « La brièveté du temps accordé aux arbitres fait que cela ne devrait pas allonger les procédures. En revanche, la complexité accrue rendra le tout plus lourd à gérer. » Et nécessitera donc, de la part des conseils, un accompagnement minutieux des entreprises dans ces changements...



Hervé Jouanjean, senior trade expert chez King & Spalding

“ En ce qui concerne le règlement des différends d'Etats à Etats, les avocats vont avoir beaucoup de travail. ”

ÉPISODE 4

Quel rôle la tierce conciliation peut-elle jouer dans la résolution non judiciaire des précontentieux Covid-19 ?



Marie-Astrid d'Evry, directrice département éditorial droit des affaires, droit économique & compliance, LexisNexis

Afin d'éviter un afflux de dossiers contentieux en période de crise sanitaire et économique, des professionnels du droit se sont réunis pour lancer la tierce conciliation, un dispositif extrajudiciaire d'urgence d'aide aux entreprises. Présentation.

Permettre aux entreprises de pouvoir régler des situations contentieuses liées à la crise sanitaire de façon amiable. Voilà le but de la

tierce conciliation, présentée d'emblée par la directrice du département éditorial droit des affaires, droit économique & compliance de LexisNexis,

Marie-Astrid d'Evry, comme une alternative efficace et confidentielle aux mécanismes de procédures judiciaires traditionnelles. A l'origine de sa



“ Il existe actuellement plusieurs possibilités en termes de MARD, et c'est tant mieux. ”

Pierre Pelouzet, médiateur des entreprises, Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance

création, des professionnels du droit soucieux de désengorger les tribunaux de commerce en pleine période de crise. L'initiative a débuté en mars dernier, lors du premier confinement et à l'heure où la justice était à l'arrêt ou presque. « Face à cette situation inédite, des entreprises ont mis en sommeil leurs propres obligations contractuelles, sachant qu'elles ne risquaient pas grand-chose sur le plan judiciaire », retrace Thibaut Massart, professeur de droit à Paris Dauphine. « Certains juristes ont donc souhaité se mobiliser au travers de la négociation et de la conciliation, dans un format non judiciaire, pour

tenter de renouer le dialogue et la confiance entre commerçants et sociétés commerciales pendant cette période et résoudre leurs éventuels litiges. Le dispositif s'applique également aux baux commerciaux. » La tierce conciliation apparaît, selon lui, comme un système progressif et rapide, à condition que les parties coopèrent. Concernant le coût de la procédure, les parties s'acquittent d'une contrepartie de 100 euros HT sur une plateforme dédiée. Les tiers conciliateurs, eux, sont entièrement bénévoles.

Hôpital de campagne

Ces tiers conciliateurs, au nombre de 100 environ aujourd'hui, sont désignés sur une liste de professionnels agréés par l'institution, et doivent avoir au préalable signé une attestation de mission dans laquelle ils confirment ne pas avoir de conflit d'intérêts avec une partie. Les profils des tiers conciliateurs sont variés : avocats, professeurs de droit, directeurs juridiques, juges consulaires, huissiers, etc. Avec autant de compétences et de points de vue qui diffèrent d'un professionnel à un autre. « Mon profil ne peut pas ne pas influencer sur la manière dont je vais mener les débats », témoigne par exemple Eric Amar, directeur juridique de Bolloré Transports & Logistics et tiers conciliateur. « En



“ Un avocat devra se débarrasser de ses réflexes judiciaires, et ne pas s'engager dans une tierce conciliation avec une volonté trop

belliqueuse. ”

Emilie Vasseur, associée, Mayer Brown



“ La tierce conciliation apparaît comme un système progressif et rapide, à condition que les parties coopèrent. ”

Thibaut Massart, professeur de droit, Paris Dauphine

tant que juriste d'entreprise, l'humain est très important et pour moi, tout procès est un échec de la prévention. » A noter que lors de cette procédure, l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire... mais son rôle peut parfois être très utile. « La conciliation vise à faire émerger une solution négociée de consensus entre les parties », explique Emilie Vasseur, associée chez Mayer Brown. « Pour autant, un avocat peut avoir un rôle bénéfique car il connaît quelques spécificités. Mais il devra au préalable se débarrasser de ses réflexes judiciaires, et ne pas s'engager dans une tierce conciliation avec une volonté trop belliqueuse. » Parmi les spécificités de la tierce conciliation, l'existence d'aparté non contradictoire, qui n'existe pas devant les juridictions classiques. La procédure d'authentification de l'accord, elle, peut prendre la forme d'un courrier, d'un avenant à un contrat ou d'une transaction. Malgré cette souplesse, ce MARD n'a pas vocation à perdurer. « C'est un peu comme un hôpital de campagne : pratique en temps de crise mais éphémère », résume Thibaut Massart. « La tierce conciliation n'existe que pour répondre à une problématique conjoncturelle. » Mais les TPE-PME et autres artisans pourront toujours compter sur le médiateur des entreprises Pierre Pelouzet, nommé à ce poste en 2016 au sein du ministère de

l'Économie, des Finances et de la Relance. « Il existe actuellement plusieurs possibilités en termes de MARD, et c'est tant mieux », se félicite-t-il. « Nous avons, pour notre part, les mêmes caractéristiques que la tierce conciliation : un service de médiation public, rapide, gratuit... A la différence que le médiateur des entreprises va essentiellement s'orienter vers la résolution des difficultés entre petits et grands. » Avec un taux de succès de 70 à 75 % environ, voilà une alternative aux tribunaux qui devrait encore avoir de beaux jours devant elle. ■



“ En tant que juriste d'entreprise, l'humain est très important et pour moi, tout procès est un échec de la prévention. ”

Eric Amar, directeur juridique de Bolloré Transports & Logistics et tiers conciliateur

Merci à nos intervenants



Michel Barnier,
négociateur
en chef de l'UE
pour le Brexit,
Commission
Européenne



Noëlle Lenoir,
ancienne ministre des
Affaires européennes



Nicolas Barsalou,
partner,
Accuracy



Pierre Berlioz,
professeur de droit et
directeur de l'école de
formation du barreau,
Université
Paris-Descartes



Anne Guillemain,
juriste contentieux
groupe,
BNP Paribas



Theobald Naud,
partner,
DLA Piper



**Stéphanie
Smatt-Pinelli**,
directrice juridique
règlement des
différends groupe,
Orano



Yvon Martinet,
associé,
DS Avocats



Aude Solveig-Epstein,
maître de conférences en
droit privé & directrice
du cursus intégré droit
français / droit anglais avec
Essex university,
Université Paris-Nanterre



Gabriel Touchard,
responsable Juridique,
Engie, arbitre et
médiateur, CMAP



Laetitia de Montalivet,
director, arbitration
and ADR, Europe,
ICC International Court
of Arbitration



Karl Hennessee,
senior vice-
president,
Airbus



Ian Kayanakis,
administrateur, AJFE et
directeur juridique et
conformité,
Segula Technologies



Sophie Lemaire,
professeur de droit,
Université Paris-
Dauphine



Michael Ostrove,
partner,
DLA Piper



Françoise Benezech,
premier vice procureur,
cheffe de section S2
social consommation
environnement,
Parquet du tribunal
judiciaire de Paris



Hervé Gouletquer,
senior economic
advisor,
Accuracy



Hervé Jouanjean,
senior trade expert,
King & Spalding



Eric Amar,
directeur juridique,
Bollere Transport &
Logistics



**Marie-Astrid
d'Evry**, directeur
département éditorial
droit des affaires, droit
économique
et compliance,
Lexisnexis



Thibaut Massart,
professeur de droit,
Université
Paris Dauphine



Pierre Pelouzet,
médiateur
des entreprises,
Ministère de l'Economie,
des Finances
et de la Relance



Emilie Vasseur,
associée,
Mayer Brown