



PAROLES D'EXPERTS /

La qualité du système judiciaire est le premier critère dans le choix du siège de l'arbitrage



De gauche à droite

NATHALIE JALABERT-DOURY, associée, **DANY KHAYAT**, associé, **NATHALIE MOREL**, *counsel*, **CAMILLE POTIER**, *counsel*, **MAYER BROWN**

L'équipe arbitrage, avec Dany Khayat, concurrence, avec Nathalie Jalabert-Doury, et contentieux, avec Nathalie Morel et Camille Potier, du cabinet Mayer Brown, revient sur les dernières tendances de leur activité et notamment sur les grandes évolutions qui redessinent le paysage réglementaire.

DECIDEURS. De nombreux doutes s'installent sur l'avenir des grands traités de libre-échange. Quel est l'impact à attendre de cette tendance sur l'arbitrage international?

Dany Khayat. Il existe effectivement de nombreux doutes sur les traités de libre-échange et de protection des investissements. La période actuelle est bien celle d'une remise en question de leur pertinence. C'est le cas pour les traités négociés par l'Union européenne, le Partenariat transpacifique ou encore l'Accord de libre-échange nord-américain (Aléna) mais il n'y a pas d'abandon de ces traités. Dans ce contexte, certains de nos clients s'inquiètent de la pérennité du système de règlement des différends entre investisseurs et États qui figure dans ces traités. J'ai été récemment questionné sur l'opportunité de hâter la mise en œuvre de certains arbitrages en application de l'Aléna ou d'autres traités. Les réponses sont toujours différentes d'un cas à l'autre, mais d'une manière générale, il ne devrait pas y avoir de conséquences d'un retrait ou d'une re-

négociation d'un traité sur les procédures en cours ni même sur les procédures susceptibles d'être lancées à l'avenir. En effet, les textes permettent souvent de continuer à protéger les investissements sur une longue, voire très longue période même si le traité n'est plus en vigueur. En conclusion, il faut bien sûr suivre régulièrement les développements dans ce domaine et se tenir prêts à réagir rapidement en cas de besoin. Le développement du protectionnisme actuellement me semble en définitive favoriser le recours à l'arbitrage international.

Le choix du siège de l'arbitrage est une autre question souvent abordée en amont. Quelles sont les considérations à prendre en compte ?

De nombreuses considérations entrent en jeu par exemple d'ordre matériel pour ce qui est des infrastructures pour tenir des audiences. La question la plus importante reste celle de sélectionner un siège dans un pays dont le droit est accueillant à l'égard de l'arbitrage international. C'est

essentiel pour que la sentence arbitrale ne soit pas remise en question devant les juridictions nationales pour de mauvaises raisons. Pour s'en assurer, il faut bien sûr étudier les textes et vérifier, par exemple, que les cas d'ouverture des recours en annulation sont bien limités. Mais c'est insuffisant. Certaines législations peuvent paraître favorables puis être appliquées de manière biaisée ou trop large. Le risque est bien entendu de mettre en péril la sécurité juridique de la sentence arbitrale. Le critère qui doit primer dans la sélection du siège d'un arbitrage tient donc à l'analyse du système judiciaire de l'État concerné. Il peut aussi y avoir des évolutions, et pas toujours dans le bon sens. Les Émirats arabes unis ont ainsi été pendant longtemps un siège acceptable et réputé relativement accueillant à l'égard de l'arbitrage international. Toutefois, récemment, la pénalisation de certains aspects de la pratique arbitrale dans ce pays a largement atténué l'attrait qui existait jusque-là pour le choix du siège d'un arbitrage à Dubai par exemple.



La loi Sapin 2 entre progressivement en vigueur. Quel est l'impact concret de cette réforme sur les entreprises ?

Camille Potier. Pour une partie de notre clientèle, principalement les grands groupes internationaux, il n'y a pas de difficulté particulière. Ces normes ont déjà été mises en place, conformément à la législation américaine (FCPA) et britannique (UK Bribery Act). Donc ce n'est pas une révolution. En revanche, pour toute une autre série de clients plus petits, ces nouvelles dispositions peuvent effrayer. Ils ont parfois du mal à cerner leurs obligations et le sens de la cartographie des risques. Il y a un travail juridique et pédagogique important à mener pour leur faire comprendre que ces dispositions doivent vraiment entrer dans la culture des entreprises. Il ne s'agit plus d'un instrument pour faire joli dans les brochures. Certaines précisions sont par ailleurs attendues, notamment sur le fonctionnement de la nouvelle agence anticorruption (AFA). Un décret d'application et un arrêté ont été publiés en mars, mais des doutes demeurent notamment sur le fameux critère d'intérêt public et son appréciation par le juge judiciaire. En revanche, certaines mesures sont désormais claires. Sur le statut de lanceur d'alerte par exemple le régime est assez complet.

« Certaines précisions sont encore attendues sur la loi Sapin 2, notamment sur le fonctionnement de la nouvelle agence anticorruption (AFA) »

Quels sont les principaux dossiers qui ont fait votre activité en 2016 et début 2017 ?

Nathalie Morel. Notre actualité la plus intéressante concerne la procédure collective et l'arbitrage. En matière de procédure collective, nous avons obtenu pour l'un de nos clients, créancier, trois décisions de la cour d'appel de Versailles rendues sur tierce opposition qui viennent renforcer les droits des créanciers non encore admis dans le cadre de plans de sauvegarde/redressement. Dans cette affaire complexe, trois sociétés bénéficiant d'un plan de sauvegarde/redressement ont obtenu leur prorogation du tribunal de la procédure. Notre client, dont la créance n'a pas encore été admise au passif de ces sociétés, a formé tierce opposition contre ces jugements. La

cour d'appel de Versailles a, dans un premier temps, considéré qu'il était recevable bien que sa créance n'ait pas encore été admise au passif, car (i) les plans avaient été arrêtés en considération de sa créance ; (ii) il avait été consulté dans le cadre de la procédure de prorogation de plan ; et (iii) les jugements lui seraient opposables une fois sa créance admise, avant, dans un second temps, de rétracter les jugements de prorogation pour excès de pouvoir du tribunal. Il s'agit d'une avancée majeure pour

« Nous avons ouvert la porte à une plus grande recevabilité des créanciers dans le cadre des tierces-oppositions »

la recevabilité des créanciers non encore admis dans le cadre de tierce opposition. Reste que trois pourvois sont en cours. Mais nous sommes confiants sur leur issue. En matière d'arbitrage, nous avons obtenu plusieurs décisions intéressantes de la cour d'appel de Paris portant sur la compétence des tribunaux français en présence d'une clause compromissoire. Dans une affaire, la Cour a réaffirmé que seul l'arbitre a compétence pour déterminer sa propre compétence à propos de l'extension d'une clause compromissoire à un tiers au contrat et que commet donc un excès de pouvoir le juge qui empiète sur la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence. Dans une autre, elle a rappelé que le juge étatique français des référés n'était pas compétent pour connaître d'une demande de référé provision du fait de l'absence d'urgence. Ces deux arrêts sont commentés dans la Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage à la Gazette du Palais. D'autres décisions devraient suivre dans les prochains mois qui, je l'espère, devraient être tout aussi intéressantes.

Les pratiques anticoncurrentielles sont au cœur de votre activité. Qu'est-ce qui différencie votre approche ?

Nathalie Jalabert-Doury. Nous assistons les entreprises non seulement dans le cadre des procédures d'infraction ouvertes par les autorités, mais aussi, et de plus en plus, en amont. Ainsi, nous ne nous contentons pas d'assister les entreprises lorsqu'elles sont soumises à une

inspection. Nous les assistons dans la mise en place de procédures et de formations en amont pour mieux maîtriser un événement particulièrement perturbateur, porteur de risques si une infraction a été commise et, de manière plus immédiate encore, porteur d'un risque d'obstruction. Il s'agit d'un des axes forts de notre intervention. J'ai écrit un guide pratique sur les inspections à l'attention des directions juridiques, ce qui vaut à Mayer Brown d'organiser une conférence annuelle sur les enquêtes de concurrence à laquelle participent chaque année des intervenants de premier plan de la Commission européenne, de l'Autorité de la concurrence, de la DGCCRF et d'autres autorités nationales. Sur ce terrain, comme dans tous nos dossiers, notre approche est résolument fondée sur l'interaction étroite avec la direction juridique et les dirigeants de l'entreprise afin de les assister au mieux dans cette intégration en amont, en prise avec leurs réalités et leur stratégie commerciale.

« En cas de procédure, les autorités apprécient de constater que même si tout n'est pas encore parfait, des efforts de compliance ont été entrepris »

Quels conseils donnez-vous aux entreprises pour se prémunir de ces affaires de concurrence ou de corruption ?

Une politique efficace de *compliance* est essentielle. On ne peut espérer atteindre immédiatement une efficacité à 100 % mais mon expérience de ces actions auprès des clients que nous assistons depuis plusieurs années est qu'elles limitent en pratique effectivement le risque. Et en cas de procédure, les autorités apprécient de constater que même si tout n'est pas parfait, des efforts ont été entrepris. Ces outils de conformité, nous les mettons en œuvre depuis une vingtaine d'années dans le domaine de la concurrence. Notre approche de définition d'outils adaptés au besoin de conformité, à la culture de l'entreprise et à la stratégie mise en œuvre par ses dirigeants, nous la mettons aujourd'hui au service de la prévention de la lutte contre la corruption. Les sujets sont voisins et les problématiques de gestion de la conformité également.