

PARISBABYARBITRATION
BIBERON



ÉDITION SPÉCIALE
27 - 31 mars 2023

BUREAU DE L'ASSOCIATION



Andy Haddad
Secrétaire générale



Lina Ettabouti
Présidente



César Hasson
Trésorier

ÉQUIPE ÉDITORIALE



Théo Moreno
Responsable Général



Elena Andary
Responsable Contributeurs



Tréphine Leflohic
Responsable PAW



Anastasia Poorhassan
Responsable PAW

AVANT-PROPOS

Fidèles lecteurs du Biberon et nouveaux arrivants,

Nous avons le grand plaisir de vous présenter la troisième édition spéciale de notre "Biberon" consacrée à la *Paris Arbitration Week* (PAW). Pour la troisième année consécutive, nous nous sommes associés au Comité d'organisation de la PAW pour rendre compte des nombreux événements de l'édition de cette année.

De la même manière que cette édition de la PAW a été la plus importante jamais organisée, cette édition spéciale du Biberon est également la plus importante publiée depuis le début de notre partenariat avec la PAW. Cette année, notre équipe de 32 reporters a couvert plus de 20 séminaires, abordant des sujets variés et d'actualité dans le domaine de l'arbitrage international.

Nous tenons à exprimer nos sincères remerciements à l'intégralité du Comité d'organisation de la PAW, avec qui ce fut un réel plaisir de collaborer. Nous tenons également à remercier les cabinets et les entreprises qui nous ont fait confiance, ainsi que tous nos reporters pour leur travail remarquable.

Nous espérons que vous prendrez plaisir à lire cette édition spéciale de notre revue. N'hésitez pas à nous suivre sur nos réseaux sociaux pour être informés de tous nos projets futurs.

Paris Baby Arbitration est une association parisienne et un réseau d'étudiants et de jeunes praticiens visant à promouvoir la pratique de l'arbitrage international, ainsi que l'accessibilité de ce domaine du droit.

Chaque mois, son équipe travaille à la rédaction du Biberon, une revue en anglais et en français, destinée à faciliter la compréhension des décisions les plus récentes et les plus marquantes rendues par les États et les juridictions internationales, ainsi que des sentences arbitrales. Depuis 2021, grâce à son partenariat avec la Paris Arbitration Week, elle publie également une édition spéciale de cette revue consacrée à cet événement.

Paris Baby Arbitration souhaite ainsi encourager la contribution des étudiants et jeunes avocats à la communauté de l'arbitrage. Les valeurs qui animent Paris Baby Arbitration sont l'ouverture et la bienveillance, c'est pourquoi nous souhaitons permettre aux étudiants et jeunes avocats d'exprimer leur passion pour la pratique de l'arbitrage international.

Vous pouvez retrouver toutes les éditions précédentes du Biberon et vous abonner pour recevoir un nouveau numéro chaque mois sur notre site internet : parisbabyarbitration.com/

Nous vous invitons également à nous suivre sur LinkedIn .

Bonne lecture !

Sincèrement vôtre,

Théo Moreno

CONTRIBUTEURS ET CONTRIBUTRICES



Noémie Algom



Elena Andary



Nayla Baly



Ishaan Bardwaj



Marc Bassil



Corentin Boyssou



Ailin Chen



Samuel Davies



Lina Ettabouti



Alicia Forgues



Maryam
Gilmitdinova



Elisa-Marie Goubeau



Florian Hamel
Cooke



Chloé Heydarian



Michael Hingston



Marina-Elissavet
Konstantinidi



Rose Le Cornec



Raphaëlle Marie



Chioma Menankiti



Rola Makke



Ilona Metais



Théo Moreno



Florence Nivelles



Kopal Sharraf



Silke Schusser



Susanna Shepherd



Victoria Struys



Mihaela Tarnovschi



Maxime Villeneuve



Hristijan Zafirovski



Rita Zeidi

TABLE DES MATIÈRES

LUNDI

Teynier Pic, Queen Mary University of London, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP : *Qu'est-ce qui ne va pas avec l'arbitrage ?* P.10

MARDI

Addleshaw Goddard : *Réclamations en dommages-intérêts à l'encontre de la Russie suite à son invasion de l'Ukraine* . P.14

Bird & Bird : *Conflits spatiaux : pourquoi l'arbitrage est-il la prochaine/ meilleure frontière ?* P.16

Baker McKenzie : *ESG, transition énergétique et les difficiles litiges commerciaux et d'investissement auxquels nos clients sont confrontés* P.19

SOAS, University of London : *Sujets d'actualité dans le domaine de l'arbitrage international en Afrique* P.22

Forensic Risk Alliance : *L'AI rencontre l'IA : l'arbitrage international à l'ère de l'intelligence artificielle* P.24

Reed Smith - AfricArb : *Résolution des litiges en matière environnementale, sociale et de gouvernance (ESG) : comment l'Afrique ouvre-t-elle la voie ?* P.26

Shearman & Sterling : *Ce que les praticiens doivent savoir sur l'interpénétration entre la crise multisectorielle mondiale et l'assurance risque politique* P.28

DLA Piper France : *L'arbitrage d'investissement est-il mort ? Perspectives européennes et africaines* P.30

Jus Mundi : *Trouver un accord durable : équilibrer la responsabilité de l'État et les droits des investisseurs dans le secteur minier* P.33

White & Case : *Une décennie d'arbitrages relatifs au printemps arabe : prétentions, défenses et défis en matière d'exécution de la sentence* P.36

MERCREDI

Jeanet : *Arbitrer les litiges relatifs aux énergies renouvelables, avec un accent spécial sur la région des PECO* P.40

The Hague Court of Arbitration for Aviation : *Remarques à propos de la Cour d'arbitrage de La Haye pour l'Aviation* P.43

NERA Economic Consulting : *Préjudice économique : thèmes avancés sur le manque à gagner et la perte de valeur commerciale* P.45

Fieldfisher, Kroll : *Litiges liés à l'énergie dans le secteur de la construction : qu'est-ce qui n'a pas fonctionné ?* P.47

Pinsent Masons : *Un nouveau paysage, l'arbitrage des litiges internationaux en Inde* P.49

Baker McKenzie, Deminor Litigation Funding : *Les frais d'arbitrage le rendent-ils prohibitif (et indiscipliné) ?* P.51

JEUDI

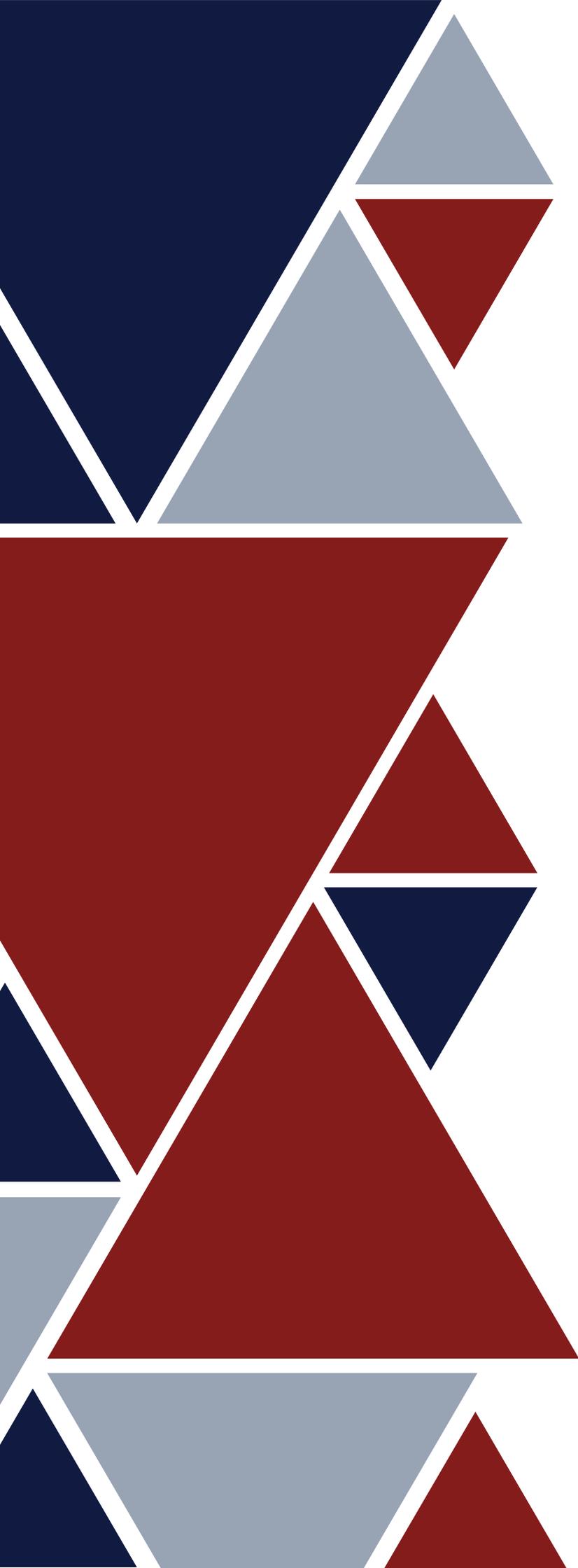
CIETAC Hong Kong Arbitration Center : *Jeux olympiques et arbitrage : résolution des litiges sportifs et commerciaux connexes* P.54

Jones Day : *Immunités et gel des avoirs devant les juridictions françaises, état des lieux et perspectives* P.57

Three Crowns : *Belokon, Sorelec et cie – Et maintenant ? Le point de vue des arbitres, des conseils et des institutions sur la nouvelle approche française en matière de violation de l'ordre public international* P.60

CMAP : *Blockchain, crypto, smart contract et metaverse, une opportunité à saisir pour l'arbitrage international ?* P.63

***Chaque article est accessible directement en cliquant sur la ligne correspondante.**



LUNDI

« QU'EST-CE QUI NE VA PAS AVEC L'ARBITRAGE ? »

Par Elena Andary et Ishaan Bhardwaj

Le lundi 27 mars 2023, un séminaire intitulé « What's wrong with Arbitration ? » a été coorganisé par Teynier Pic, WilmerHale et l'Université Queen Mary. Le panel était modéré par le Prof. Maxi Scherer (Professeur en arbitrage international à l'Université Queen Mary de Londres, et Special Counsel du cabinet WilmerHale), et par Raphaël Kaminsky (co-Président de la Paris Arbitration Week, et Associé du cabinet Teynier Pic). Ce panel était composé du Prof. Pierre Mayer (Professeur émérite à l'Université Paris I Sorbonne et associé fondateur du cabinet Mayer Greenberg), de Mme Diamana Diawara (Vice-présidente de la Paris Arbitration Week et Directeur de l'arbitrage et de l'ADR pour l'Afrique à la CCI), de M. Karl Hennessee (vice-président senior d'Airbus) et enfin de M. Ben Juratowitch KC (Barrister à Essex Court Chambers).

Même si l'arbitrage est un mécanisme efficace dans la sphère internationale, les premiers de la classe peuvent et doivent toujours penser à des voies d'amélioration. C'est ainsi que les modérateurs ont introduit ce « sujet provocateur ».

La discussion a commencé sur les problèmes et les solutions identifiés quant à la sélection des arbitres. M. Hennessee a soutenu que tous les arbitres et parties impliqués dans les procédures arbitrales contribuaient au problème. Tout au long de la procédure d'arbitrage, l'objectif principal devrait être de parvenir à un résultat juste et équitable. Or, c'est souvent la dernière chose à laquelle pensent les avocats. Selon lui, il s'agit d'un mélange toxique. Si vous vous concentrez dès le départ sur la sélection d'un arbitre ayant un parti pris, vous n'envisagez pas le risque de trouver un « magicien qui s'adresse au tribunal dans une langue secrète ». La quête des parties de prédire de quelle que manière que ce soit la réaction de certains arbitres sur des points factuels et/ou juridiques et la tendance pour les arbitres eux-mêmes de se présenter comme analysant certaines situations d'un point de vue particulier, est, selon M. Hennessee, l'un des raisons principales pour le manque de diversité au sein des procédures arbitrales. En effet, une attention particulière sera attribuée aux arbitres mettant en avant leur large expérience, permettant ainsi aux parties une meilleure marge de prédiction et ce au détriment des arbitres comptabilisant moins de nominations.

Cela a souvent donné lieu à : des tribunaux surqualifiés et trop occupés, ou bien des règlements amiables moins susceptibles d'aboutir puisque les parties s'attacheront avec aplomb à leur perspective « unique » du tribunal espérant prévaloir. Entre-temps, les institutions elles-mêmes ont été mises sous pression. Elles ont endossé la responsabilité d'essayer de satisfaire les exigences des différentes parties : elles ont sélectionné des candidats de compromis qui ne satisfaisaient personne, quelqu'un « à moitié chèvre, à moitié cochon, à moitié licorne, à moitié cygne et à moitié autre chose ». Selon M. Hennessee, il y a plusieurs façons d'aborder ces problèmes i.e. l'admission que chaque dossier est tranché sur son propre mérite, l'abandon de l'idée qu'une nationalité particulière, par exemple, traite des questions procédurales d'une manière singulière et par conséquent de la prise en compte de ce facteur dans le « jeu » de la prédiction. Selon lui, il n'y a qu'un seul marqueur de réussite dans toutes les expériences qu'il a vécues, un indicateur fiable de la performance de groupe : la diversité. Il affirme que la diversité des origines permet d'obtenir de meilleurs résultats, mais surtout qu'il s'agit de « la seule chose qui fonctionne » véritablement – plus un groupe est diversifié, plus à même il est de prendre de bonnes décisions et d'aboutir à de solides prédictions.

Mme Diawara a expliqué pourquoi la diversité est importante. Selon elle, Il y a en arbitrage international un décalage entre l'origine des arbitres qui rendent les sentences arbitrales et l'origine des parties qui sont principalement affectées par ces ententes. Par exemple, la plupart des affaires d'arbitrage d'investissement comportent des éléments d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique, alors que la plupart des praticiens qui statuent sur ces affaires sont originaires d'Europe occidentale.

La discussion a continué sur le second thème évoqué par Maître Juratowitch KC pour qui l'un des principaux problèmes de l'arbitrage international aujourd'hui est que l'arbitrage est souvent trop volumineux, trop long et trop coûteux.

1) Temps : la surcharge de documents rend plus difficile de se concentrer sur ce qui est vraiment important dans le litige et fait perdre du temps. En faisant le compte des écritures, y compris le premier tour, le deuxième tour et les mémoires post-audience dans les affaires ordinaires, elles peuvent atteindre plus de 1000 pages, auxquelles s'ajoutent les déclarations des témoins et les rapports d'experts. La plupart des avocats et des arbitres sont donc incapables d'absorber ou de comprendre la quantité de documents soumis dans la plupart des arbitrages, ce qui les empêche de se concentrer sur les questions réellement importantes. Le temps nécessaire à la préparation des soumissions et le temps qu'il faut aux arbitres pour prendre des décisions (très prudentes) en sachant qu'ils sont observés à la loupe dans le cadre des règles procédurales sont d'autant plus importants. Il s'agit là de défis pour les jeunes membres de la profession, mais également de problèmes liés à la diversité, car ceux qui ont des responsabilités personnelles et familiales considèrent que le traitement du volume documentaire constitue une charge indésirable.

2) Perfectionnisme : Un perfectionnisme important est imposé par les avocats car les jeunes praticiens s'occupent de parties importantes du processus et sont livrés à eux-mêmes pour diriger le processus sans avoir la capacité et la confiance nécessaires pour porter les jugements qui s'imposent.

3) Amélioration : Il est nécessaire de reconnaître le problème et d'impliquer de manière plus disciplinée des avocats expérimentés plus tôt dans le processus. Une gestion pro active des dossiers est également nécessaire de la part des arbitres, en amont et pendant l'arbitrage. L'utilisation de listes de questions pourrait être très utile, y compris une liste de questions communes à laquelle les parties doivent se tenir en termes d'arguments et de preuves. Des limites de pages pourraient être imposées, non seulement pour les conclusions, mais aussi pour les annexes et/ou les pièces justificatives.

Fort de sa longue expérience, le Prof. Mayer a constaté qu'il y a 30 ans, les mémoires étaient beaucoup plus courts et les témoins moins nombreux. Il est très difficile d'enrayer la tendance actuelle. Il a identifié deux raisons à ce problème de « pro-activisme des avocats ». La première est qu'ils croient sincèrement dans le fait qu'un mémoire plus conséquent signifie un meilleur service, et la seconde est qu'ils veulent maximiser le montant de leurs honoraires.

M. Hennessee s'est fait l'écho de cette idée « d'extorsion » accidentelle. Il raconte que les personnes qu'il conseille accueillent avec bienveillance de la réduction de volume documentaire. Son conseil est clair : ne payez pas d'honoraires à l'heure et n'alimentez pas ces incitations néfastes ! Ceux qui se concentrent sur les clients réguliers devraient reconnaître que la valeur économique de la relation est plus grande si vous développez un service de valeur plutôt qu'un service économique ponctuel. Selon la loi de Parkinson, le travail remplit l'espace que vous lui donnez. Selon George Bernard Shaw « Je vais vous écrire une longue lettre car je n'ai pas eu le temps de vous en écrire une courte ». Écrivez la lettre courte !

Il a soutenu que nous devrions suivre les tribunaux étatiques avec des procédures préliminaires de résolution des conflits plus robustes. Il recommande d'être plus agressifs sur ce qui pourrait être inclus dans les procédures accélérées. Ensuite, le panel a abordé la « due process paranoia ». Mme Diawara a parlé de cette problématique qui afflige les arbitres et des multiples craintes qui en sont à l'origine. Il s'agit notamment de la crainte de voir la sentence contestée et la peur de ne pas être nommé à l'avenir. Les solutions incluent des décisions protectionnistes des intérêts de la partie défenderesse, comme les lignes directrices sur l'arbitrage de la CCI : leur premier devoir est de rendre une sentence exécutoire et de mener les procédures arbitrales de manière efficace et rapide. Le fait est que les arbitres peuvent ressentir le besoin de plaire aux parties, mais aussi d'avoir une chance d'être reconduits dans leurs fonctions dans une affaire future. Il est difficile de « mordre la main qui vous nourrit ».

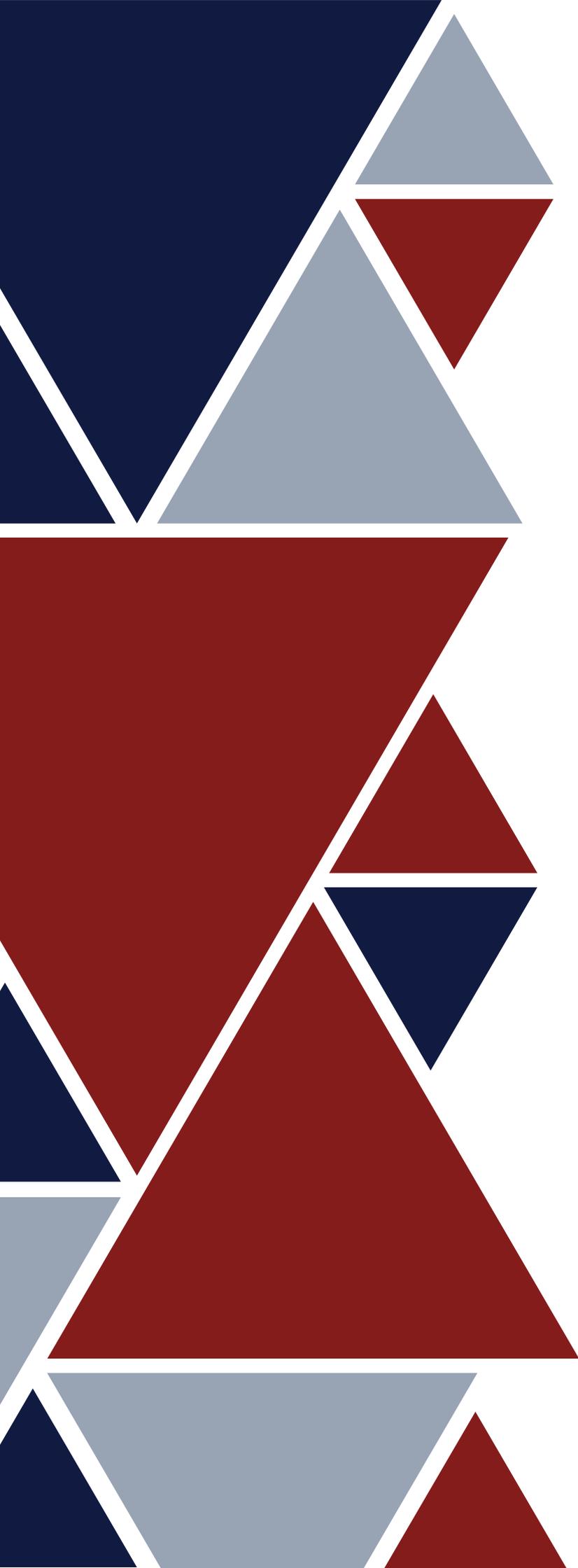
Mais comme l'a souligné Maître Juratowitch KC, les conseils ne préfèrent-ils pas reconduire un arbitre sur de sa posture plutôt qu'un arbitre qui s'est plié en quatre pour répondre à des exigences procédurales ubuesques ?

La question de la standardisation excessive de la procédure arbitrale a ensuite été abordée. En effet, pour le Prof. Pierre Mayer, le problème est ailleurs. La tâche d'arbitrer est difficile, il faut de l'autorité et de l'ouverture d'esprit.

Il a souligné la standardisation excessive de la procédure arbitrale avec le même « modèle » suivi dans chaque procédure arbitrale. Ce modèle a alourdi la procédure en empruntant à la fois à des traditions de common law et de droit civil, ce qui entraîne des doublons. Il y a à la fois de longs mémoires dans le style du droit civil et de longues audiences dérivées des influences de la common law.

Il a toutefois souligné que ce modèle et le processus de standardisation présentent des avantages. Les parties ont besoin de règles et de certitude en matière de procédure, en particulier lorsqu'elles viennent d'horizons juridiques différents. Selon lui, les systèmes de droit civil et de common law s'enrichissent mutuellement, notamment en ce qui concerne des questions telles que le contre-interrogatoire. Enfin, Mme Diawara a déclaré que tant que les parties ont la possibilité d'adapter les besoins procéduraux à leurs propres spécificités, la normalisation ne peut être considérée comme une mauvaise chose.

La conférence s'est achevée sur une note plutôt optimiste. Quelque chose ne va pas avec l'arbitrage, mais l'arbitrage a souvent raison. Avec des réformes, il conservera son statut de « premier de la classe ».



MARDI

« RÉCLAMATIONS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS À L'ENCONTRE DE LA RUSSIE SUITE À SON INVASION DE L'UKRAINE »

Par Mihaela Tarnovschi

La conférence a été couverte conformément à la Règle Chatham House, laquelle prévoit que : "Lorsqu'une réunion, ou une partie de celle-ci, se tient selon la règle de Chatham House, les participants sont libres d'utiliser les informations reçues, mais ni l'identité ni l'affiliation du ou des orateurs, ni celle de tout autre participant, peuvent être révélées ».

Le mardi 28 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, le cabinet d'avocats Addleshaw Goddard a animé une conférence sur le thème des « Réclamations en dommages et intérêts contre la Russie, résultant de son invasion de l'Ukraine ». La conférence visait à donner un aperçu des conséquences juridiques de l'invasion russe et à évaluer les approches possibles pour tenir la Russie responsable des dommages infligés à l'Ukraine.

Les panélistes ont estimé qu'il existe deux manières d'obtenir réparation des dommages de la Russie et de prendre des décisions à cet égard. Une voie diplomatique, où les questions politiques pourraient être résolues par un accord international et une voie légale par laquelle l'État russe sera tenu responsable des violations du droit international. Les panélistes estiment que l'invasion elle-même peut être qualifiée de violation de la Charte des Nations Unies et que les forces armées russes ont enfreint d'autres normes internationales lorsqu'elles ont attaqué des civils et des établissements civils.

Un panéliste a noté qu'en temps de guerre, les actifs de l'État agresseur peuvent être saisis sur le territoire qu'il attaque. Cependant, dans le cas de l'invasion ukrainienne, ces actifs ne suffiraient pas à payer tous les dommages. L'accent devrait plutôt être mis sur les actifs détenus par la Banque Centrale Russe (BCR), qui, tout en comprenant un total d'environ 300 milliards d'euros, sont également les actifs les mieux protégés de l'État russe.

Inévitablement, la question qui se pose est de savoir quelle serait la base juridique de saisie des actifs de la BCR. L'intervenant a noté que le principal problème à cet égard est le concept d'immunité souveraine, qui est trop ancré dans la loi pour être ignoré, et affecte la compétence des tribunaux qui appliqueront toute décision concernant une éventuelle saisie d'actifs. Dans le même temps, un panéliste a noté que la Russie avait déjà enfreint l'ordonnance de la Cour internationale de Justice et qu'il n'y a pas grand-chose à faire contre cette violation étant donné que la Russie est membre du Conseil de Sécurité de l'ONU avec un droit de veto.

Cela signifie qu'une solution potentielle ne peut inclure qu'un régime d'exécution spécial où le droit national sera essentiel pour l'exécution. En ce sens, une solution potentielle à l'exécution de l'ordonnance de la CIJ pourrait être de recevoir l'assistance des tribunaux nationaux lors de l'exécution de la décision de la CIJ. Les panélistes ont suggéré que les États pourraient également contribuer à ce processus en transférant des actifs à l'Ukraine ou à un fonds créé à cet effet.

La discussion a également porté sur le projet de loi britannique, qui contient des propositions de saisie des avoirs russes pour soutenir l'Ukraine. Les panélistes ont noté que le projet de loi vise à intégrer un mécanisme d'application et à donner aux ministres des pouvoirs d'enquête pour trouver où se trouvent tous les actifs pertinents. Cela leur permettra également de mettre tous ces actifs dans un fonds en fiducie, que le fiduciaire pourra gérer à sa guise. Ils ont comparé le fonds à un fonds similaire créé avec des actifs allemands et géré par les alliés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ils ont également mentionné qu'un fond en fiducie ne violerait aucune règle d'immunité souveraine.

La discussion a abordé le sujet de causalité, qui consiste à prouver que les actifs des entreprises russes appartenant à l'État peuvent être saisis car ils sont liés à l'État, ce qui signifierait que ces entreprises sont responsables de ces

dommages. Cependant, cet argument pourrait poser certains problèmes, car les entreprises en tant qu'entités juridiques sont séparées de leurs actionnaires et un État ne peut être assimilé à une entité appartenant à l'État. Certains panélistes ont suggéré qu'un régime de réglementation spécial devrait plutôt être créé pour la situation ukrainienne, qui pourrait également couvrir la grande variété et le type de réclamations qui sont actuellement recherchées.

Un autre élément discuté par le panel était la nécessité de rassembler des preuves à porter à l'attention de tout organe impliqué dans la décision et l'exécution de toute ordonnance de saisie. À cet égard, les panélistes ont noté qu'il serait préférable de commencer déjà à préparer ces preuves et qu'à cette fin, il est également nécessaire de collecter des fonds pour soutenir ce travail.

Enfin, les panélistes ont noté que l'Ukraine doit entamer son processus de reconstruction dès que possible, car les citoyens ukrainiens doivent au moins retrouver leurs maisons, afin qu'ils puissent retourner en Ukraine s'ils sont réfugiés à l'étranger. Ils ont également fait remarquer que diverses questions se posent quant à la destination des fonds collectés grâce à la saisie des avoirs. Certaines des options incluent leur utilisation pour arrêter le conflit en aidant l'Ukraine à gagner la guerre, en reconstruisant des installations civiles ou en des infrastructures critiques et des biens publics, tels que les réseaux électriques. Ils ont conclu qu'il reste à voir laquelle de ces options sera finalement privilégiée, car les efforts actuels se concentrent sur la collecte des fonds nécessaires pour aider à reconstruire l'Ukraine.

« CONFLITS SPATIAUX : POURQUOI L'ARBITRAGE EST-IL LA PROCHAINE/MEILLEURE FRONTIÈRE ? »

Par Michael Hingston et Théo Moreno

Le mardi 28 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, Bird & Bird a organisé une conférence sur le potentiel de l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges liés à l'espace. Le panel était modéré par les associés de Bird & Bird Jalal El Ahdab et Jean-Claude Vecchiatto, et était composé de Philippe Achilleas (Université Paris-Saclay), Loïc Amiand (Airbus Space Systems), Marco Ferrazzani (Agence Spatiale Européenne), Francesco Giobbe, (FPG Consulting), James Plummer (Inmarsat) et Edouard Ricard (Thales).

Le panel a d'abord dressé un aperçu du secteur spatial. M. Ferrazzani a fait remarquer que la taille de l'espace orbital exploitable est limitée, ce qui risque de créer des conflits. Une réglementation efficace est donc nécessaire. Chaque année, plus d'un millier de satellites sont lancés et fournissent un nombre important de services, ce qui nous en rend de plus en plus dépendants. Le secteur spatial se caractérise par d'importants investissements privés dans les technologies spatiales et par un accès moins coûteux à l'espace fourni à la fois par des entreprises privées et les États. Ces tendances contrastent avec l'économie spatiale du vingtième siècle, caractérisée par des investissements militaires et scientifiques financés par l'État. Le secteur spatial élargit ainsi le rôle des gouvernements, qui ne se contentent plus d'agir simplement en tant qu'opérateurs spatiaux, mais également en tant que régulateurs des activités spatiales privées. M. Amiand a identifié plusieurs tendances dans le marché du secteur spatial, telles que la verticalisation des offres par les entreprises, ou la consolidation par le biais de fusions. Les gouvernements et les juristes doivent être conscients des changements et s'y adapter.

M. Ricard est particulièrement préoccupé par l'environnement spatial. L'utilisation accrue de l'espace fait de la protection de l'environnement spatial une préoccupation de plus en plus urgente.

Les modérateurs ont interrogé M. Plummer sur la concentration du marché de l'espace. Ce dernier a fait observer qu'il pourrait y avoir jusqu'à 100,000 satellites en orbite d'ici 2030. Le grand nombre de participants sur le marché entraînera inévitablement une concentration au fur et à mesure que les participants fusionneront. En outre, la baisse des coûts des satellites n'a fait qu'accroître l'intérêt des investisseurs privés pour les investissements liés au secteur spatial.

Maître Vecchiatto a ensuite demandé au panel si le droit international public en vigueur était adapté à la nature changeante de l'économie spatiale.

Prof. Achilleas a résumé l'évolution du droit de l'espace. Il a rappelé que les principes fondamentaux du droit de l'espace ont été énoncés pour la première fois dans le Traité de l'espace, adopté en 1967. La Convention sur la responsabilité internationale adoptée en 1972, introduit ensuite les règles relatives à la responsabilité et à la juridiction dans l'espace extra-atmosphérique qui attribuent une responsabilité directe aux États pour les activités de leurs ressortissants dans l'espace. Il existe également un ensemble de résolutions non contraignantes sur les satellites, ainsi qu'un ensemble de réglementations techniques basées sur les meilleures pratiques de l'industrie, telles que des lignes directrices relatives à la réduction des débris spatiaux. Aujourd'hui, la plupart des activités spatiales sont réglementées par les législations nationales sur l'espace. Le droit de l'espace ne couvre cependant pas toutes les questions juridiques relatives aux satellites, qui sont souvent couvertes par le droit numérique.

M. Ferrazzani, bien que sceptique quant à la question de savoir si la détermination de la juridiction dans l'espace est vraiment aussi incertaine que certains pourraient le penser, a cité la Station spatiale internationale comme exemple de juridiction territoriale nationale appliquée à l'espace et a reconnu que le nombre croissant d'activités spatiales augmentera les frictions juridictionnelles entre les opérateurs spatiaux.

Maître Vecchiatto a ensuite demandé au panel s'il leur paraissait nécessaire d'apporter des modifications aux cadres juridiques existants pour s'adapter au secteur spatial.

M. Amiand a affirmé que le droit de l'espace s'était bien adapté pour éviter les collisions entre satellites. Prof. Achilleas a reconnu que les activités spatiales dépassent le droit international, notamment parce que l'exploitation des ressources spatiales et la militarisation de l'espace deviennent technologiquement viables. M. Giobbe a déclaré qu'au fur et à mesure que de nouvelles méthodes d'exploitation de l'espace sont développées, de nouveaux instruments juridiques sont nécessaires pour prendre en compte ces activités. Les différends entre opérateurs commerciaux ne pouvant être résolus par la voie diplomatique, les instruments juridiques non contraignants en cours d'élaboration sont susceptibles de soulever davantage de litiges (bien plus que les traités ne feraient). Le panel a reconnu que l'industrie et les organismes intergouvernementaux avaient un important rôle à jouer dans l'élaboration de normes relatives à la conduite dans l'espace.

M. El Ahdab a ensuite demandé au panel de donner un aperçu des grands projets actuels et futurs de l'industrie spatiale. M. Giobbe a évoqué le développement de la constellation européenne, financée conjointement par les secteurs public et privé et qui est un projet visant à lancer une constellation souveraine de satellites fournissant une connectivité sécurisée aux États membres de l'UE. M. Ricard a évoqué les efforts déployés par les entreprises pour privatiser la construction de modules spatiaux pressurisés et de stations spatiales. M. Plummer a mentionné le projet moonlight de l'Agence Spatiale Européenne qui vise à établir une infrastructure de communication permanente sur la lune. M. Ferrazzani a mis en lumière une tendance dans ces projets : les gouvernements s'appuient sur l'expertise du secteur privé pour développer la technologie nécessaire et la capacité opérationnelle, puis paient pour utiliser cette technologie en tant que service. Ces accords commerciaux importeront le droit commercial et le règlement des litiges commerciaux dans le domaine du droit de l'espace.

Le panel a ensuite été interrogé sur les caractéristiques spécifiques des activités spatiales qui favorisaient le recours à l'arbitrage. M. Plummer, a suggéré que dans les projets à grande échelle, tel que le projet moonlight, tous les acteurs sont fortement incités à minimiser les retards résultant des litiges et à garantir la confidentialité. L'arbitrage, qui est un processus confidentiel et efficace, répond à ces deux besoins. M. Amiand a souligné que la sécurité juridique était un élément essentiel pour les acteurs d'environnements commercial complexe tel que le secteur spatial. L'arbitrage étant conçu pour préserver les relations commerciales, il représente une bonne option pour la résolution des litiges dans le secteur spatial.

Maître Vecchiatto a également demandé au panel si l'espace pouvait encore être considéré comme un bien commun mondial. Prof. Achilleas a estimé que le droit international public le considère ainsi, mais que les États s'éloignent de ce point de vue au fur et à mesure qu'ils développent leurs capacités spatiales. M. Ferrazzani a reconnu qu'il y a une tendance à s'éloigner de la vision commune globale. Les lois nationales sur l'espace commencent à envisager la commercialisation et l'appropriation des ressources spatiales.

Maître Vecchiatto a demandé si l'adoption incohérente de lois nationales sur l'espace par différents pays risquait d'entraîner des tensions autour des ressources spatiales. M. Ferrazzani a répondu que tous les États acceptent le principe de non-appropriation du droit de l'espace mais l'interprètent différemment. Les États-Unis, par exemple, s'appuient sur les accords d'Artemis pour promouvoir leur approche de la commercialisation de l'espace. En l'absence d'une approche harmonisée de la part de tous les États, M. Ferrazzani a reconnu qu'il y aurait un risque de forum shopping de la part des entreprises.

Le panel a été invité à donner son avis sur le potentiel d'exploitation des ressources spatiales en tant qu'activité commerciale. M. Amiand a suggéré que ce n'était qu'une question de temps, tandis que M. Ferrazzani a souligné qu'une base permanente sur la lune nécessiterait l'exploitation des ressources lunaires.

Le panel s'est ensuite penché sur les types de litiges juridiques susceptibles de survenir dans le secteur spatial. Les panélistes ont suggéré que les collisions dans l'espace peuvent engager la responsabilité des opérateurs spatiaux, de même que les dommages causés par les débris ou les satellites en désorbitation. Le panel a également suggéré que les acteurs de l'économie spatiale pourraient rencontrer des problèmes juridiques si les satellites ou les services de lancement dont ils dépendent sont contrôlés par des États sanctionnés.

Pour conclure, il a été demandé aux membres du panel s'ils étaient pour ou contre le recours à l'arbitrage dans les litiges liés à l'espace. Tous les membres du panel se sont prononcés en faveur de l'arbitrage. M. Amiand a cité sa rapidité et sa confidentialité alors que M. Ferrazzani considère qu'il est bien adapté aux litiges inter juridictionnels. Prof. Achilleas et M. Plummer ont argué de sa confidentialité et de sa capacité à préserver les relations commerciales dans un domaine encore très restreint. M. Giobbe et M. Ricard préfèrent avoir recours à l'arbitrage dans les cas où la négociation à l'amiable échoue, en raison de sa large reconnaissance en tant que mode de résolution des litiges et de la possibilité d'inclure des experts techniques en tant que témoins ou arbitres.

« ESG, TRANSITION ÉNERGÉTIQUE ET LES DIFFICILES LITIGES COMMERCIAUX AUXQUELS NOS CLIENTS SONT CONFRONTÉS »

Par Hristijan Zafirovski et Victoria Struys

Le mardi 28 mars 2023, Baker McKenzie a organisé une conférence à l'occasion de la Paris Arbitration Week 2023. La conférence portait sur les défis auxquels sont confrontés les industries et les États en matière de transition énergétique et d'intégration des critères environnementaux, sociaux et gouvernementaux (« ESG »). Modéré par Katia Finkel (collaboratrice senior chez Baker McKenzie) et Karim Boulmelh (associé chez Baker McKenzie), le panel était composé de Giorgia Sangiulo (conseillère juridique senior, Département du Commerce International International Trade, Gouvernement de Grande-Bretagne), Maria Irene Perruccio Lourie (conseillère juridique / responsable des Affaires Internationales pour l'Europe et les Amériques, Webuild Group SpA), Ravy Pich (responsable juridique, Westinghouse Electric Company), Patrick Baeten (directeur juridique M&A, ENGIE), et Luka Kristovic-Blazevic (associé, Baker McKenzie).

Les modérateurs ont ouvert la discussion en rappelant les objectifs fixés par différents pays en matière de transition énergétique. La première intervenante, Mme Sangiulo, a décrit la situation au Royaume-Uni concernant la crise énergétique ainsi que les défis auxquels de nombreux pays européens sont confrontés en raison de la guerre en Ukraine. Mme Sangiulo a expliqué que la sécurité énergétique et les objectifs de neutralité carbone figurent sur la liste des priorités du Royaume-Uni. Elle a indiqué que le Royaume-Uni dispose de trois moyens pour atteindre ces objectifs. Le premier consiste à encourager les investissements étrangers et nationaux et à favoriser les alliances internes pour développer les meilleures technologies possibles. Le deuxième moyen consiste à réduire la dépendance à l'égard des énergies fossiles importées au Royaume-Uni. Le dernier objectif est de s'appuyer davantage sur les énergies propres produites au Royaume-Uni et, plus précisément, sur l'énergie nucléaire et l'énergie éolienne.

Après cette intervention, les animateurs ont donné la parole à Maître Perruccio Lourie. Elle a développé les aspects relatifs aux plans du gouvernement italien pour faire face à la transition énergétique. Maître Perruccio Lourie a commencé par expliquer que l'Italie a lancé un plan de relance destiné à répondre à la nécessité de redynamiser l'Italie et de préparer le pays pour l'avenir. Le projet italien se concentre sur les infrastructures de transport et les lignes ferroviaires à grande vitesse. Elle explique que le gouvernement italien est conscient des impacts de la guerre en Ukraine et que l'Italie doit réduire sa dépendance énergétique à l'égard d'autres pays. De ce fait, le gouvernement italien développe des infrastructures moins polluantes et dépendantes des combustibles fossiles.

Après avoir mis l'accent sur les mesures prises par les gouvernements britannique et italien, les modérateurs se sont tournés vers M. Baeten. Sur la question de la transition énergétique, M. Baeten a souligné les efforts de ENGIE pour être à l'avant-garde de ces changements, comme en témoigne le leitmotiv de l'entreprise « d'agir pour accélérer la transition vers une économie neutre en carbone grâce à des solutions plus efficaces sur le plan énergétique et plus respectueuses de l'environnement ». Il a souligné que ENGIE s'était fixé pour objectif d'atteindre zéro émission carbone à l'échelle mondiale d'ici 2045. M. Baeten a également expliqué que la filiale ENGIE au Brésil devrait atteindre cet objectif pour 2030.

Les modérateurs se sont ensuite tournés vers Maître Kristovic-Blazevic concernant le rôle des avocats dans ce climat de nouvelles réglementations et de changements. Maître Kristovic-Blazevic a mis l'accent sur trois missions qu'il juge importantes pour les avocats afin d'aider leurs clients : la préparation, l'assistance et le conseil sur mesure. Il explique qu'il est essentiel pour les avocats de se tenir au courant des changements en cours et d'anticiper les problèmes potentiels auxquels leurs clients pourraient être confrontés. La deuxième mission est d'assister leurs clients en les aidant à s'y retrouver dans les nouvelles réglementations. Il pense que cela peut se faire par le biais de publications et de formations ciblées. Enfin, Maître Kristovic-Blazevic a jugé essentiel pour les avocats de fournir des conseils sur mesure et d'identifier les problèmes le plus tôt possible afin d'éviter tout potentiel litige qui pourrait s'avérer long et coûteux.

Par conséquent, pour gérer au mieux les intérêts de leurs clients, il est important que les avocats soient impliqués dès les premières étapes d'un potentiel litige pour offrir des conseils juridiques proactifs et favoriser des résolutions à l'amiable plutôt que des procédures arbitrales longues et coûteuses.

Ensuite, les panélistes ont analysé si les objectifs ESG étaient réalistes. M. Baeten a déclaré que, bien que les objectifs présentés par ENGIE étaient réalisables, ils n'étaient pas idéaux et seraient difficiles à mettre en œuvre lorsqu'on les analyse à travers le prisme des circonstances actuelles. Il a expliqué que le choc de 2022 a ébranlé le système énergétique et les conséquences de ce choc se font encore sentir aujourd'hui. En outre, ce phénomène est renforcé par des politiques nationales changeantes et mal coordonnées autour de la sortie de l'énergie nucléaire, ainsi que la détérioration de la protection des investissements transfrontaliers. La jurisprudence récente relative au traité sur la charte de l'énergie et les pays qui se retirent de ce traité ne contribuent pas à établir un climat favorable à la réalisation des objectifs zéro carbone.

Ensuite, le panel s'est penché sur les défis auxquels sont confrontées les différentes parties prenantes lorsqu'elles tentent d'atteindre les normes ESG. Mme Pich a souligné l'importance des sources d'énergie durable ainsi que de disposer de chaînes d'approvisionnement sûres et stables. Pour y parvenir, les États redoublent d'efforts dans la construction de centrales nucléaires. La situation d'urgence en Europe de l'Est est considérée comme une opportunité pour les investisseurs occidentaux de diriger les capitaux vers la construction de centrales nucléaires à travers l'Europe.

Maître Kristovic-Blazevic a ajouté que pour attirer les investissements et assurer la transition vers les énergies renouvelables, les gouvernements ont créé des régimes d'incitation. Lorsque ces incitations ont été réduites ou diminuées en raison d'événements tels que la pandémie de COVID-19, de nombreux litiges sont apparus. Les investisseurs se sont retournés contre les États pour violation des traités et certains États se sont retournés contre les investisseurs pour violation des Droits de l'Homme et des réglementations environnementales. Dans des décisions récentes, les tribunaux arbitraux ont souligné le droit de l'État à réglementer, cependant le processus législatif doit créer un environnement juridique et commercial stable pour les investisseurs, en particulier lorsque des engagements spécifiques ont été pris à l'égard de ceux-ci.

Le panel a ensuite analysé les problèmes auxquels sont confrontées les entreprises du secteur de l'énergie et de la construction. Maître Perruccio Lourie, Mme Pich et M. Baeten ont déclaré que ces projets sont confrontés à de graves problèmes tels que des retards, dépassements de coûts, octroi de licences pour les nouvelles technologies, instabilité du marché et utilisation abusive des mécanismes juridiques par les organisations non gouvernementales, ce qui entraîne l'apparition de nouveaux litiges. Afin d'éviter d'éventuelles perturbations, les intervenants ont proposé de mettre en place des mécanismes visant à protéger les entreprises de construction et d'énergie en garantissant la construction et l'exploitation des infrastructures énergétiques.

Le dernier thème abordé touche aux possibles solutions pour répondre aux défis auxquels notre société fait face, avec une attention particulière sur l'arbitrage international. Mme Pich a insisté sur la nécessité de rester actif et créatif lorsque des litiges surviennent dans le secteur de l'énergie nucléaire. Elle a conclu ses remarques en disant que si l'on établit un parallèle avec les actions passées, les États se sont détournés des tribunaux nationaux pour privilégier l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges.

Maître Perruccio Lourie a relevé qu'après avoir fait face à des défis tels que les pressions constantes des communautés locales et les risques liés aux contrats de construction, l'arbitrage reste la méthode préférée de résolution de contentieux des entreprises de construction. Cela s'explique par la neutralité de l'arbitrage international par rapport aux tribunaux nationaux.

Dans sa dernière intervention, Maître Kristovic-Blazevic a fait référence à une étude de l'université Queen Mary selon laquelle l'arbitrage international reste la principale méthode de résolution des litiges dans le domaine de l'énergie.

La popularité de l'arbitrage international s'explique par sa neutralité, l'expertise technique et juridique des arbitres et la capacité des tribunaux arbitraux à traiter les procédures avec diligence. En outre, le système mis en place par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères garantit l'exécution des sentences par un grand nombre de pays.

Ensuite, M. Baeten a déclaré qu'avec le nombre croissant de litiges liés au changement climatique et la forte demande de transparence de la part du public, l'arbitrage et l'adjudication deviendront des outils importants pour trancher ces litiges.

Enfin, Mme Sangiulo a évoqué la demande croissante de transparence et estimé que le nombre d'arbitrages, qu'ils soient conventionnels ou commerciaux, augmentera à l'avenir. Elle a ajouté que l'arbitrage peut encore être amélioré, mais cela demandera la participation des différentes parties. Elle a conclu en précisant que même si l'arbitrage est de plus en plus populaire, la voie judiciaire sera tout aussi adaptée pour résoudre les litiges liés à aux engagements ESG.

« SUJETS D'ACTUALITÉ DANS LE DOMAINE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN AFRIQUE »

Par Nayla Baby

L'Université SOAS de Londres a organisé le mardi 28 mars 2023 une conférence virtuelle modérée par Tsegaye Laurendeau, associé chez Signature Litigation, sur les sujets d'actualité dans le domaine de l'arbitrage international en Afrique. Le panel était composé de quatre intervenants, chacun d'entre eux abordant des sujets récents en matière d'arbitrage international sur le continent africain. Étaient invités à cette occasion le Dr. Chrispas Nyombi (Professeur associé de droit commercial international à l'Université de Derby, Royaume-Uni), le Prof. Emilia Onyema (Professeur de droit commercial international à l'Université SOAS de Londres et arbitre indépendant), le Dr. Sally El Sawah (Associée chez Junction), ainsi que le Dr. Amel Makhlouf (Avocate et chercheuse associée à l'Université SOAS de Londres).

Le Prof. Chrispas Nyombi a souligné que la zone de libre-échange continentale africaine (« ZLECAf ») mise en place le 1er janvier 2021, vise à promouvoir le commerce et les investissements sur le continent mais également un marché unique pour les biens et les services. La ZLECAf prévoit un mécanisme de règlement des différends dans un protocole intitulé « Règles et procédures pour le règlement des différends ». Le Prof. Nyombi a relevé un enjeu de taille à la lecture de l'Article 1 du protocole susmentionné. La définition du terme « différend » ne fait référence qu'aux différends entre États membres, excluant ainsi le secteur privé de la possibilité de poursuivre les États dans le cadre de différends commerciaux.

Concernant les litiges dans le secteur des investissements, le protocole sur l'investissement établissant la ZLECAf prévoit un règlement des litiges entre investisseurs et États dans le projet de protocole (« Zero Draft »). Il prévoit le consentement automatique de l'État à l'arbitrage.

Globalement, le Prof. Nyombi considère que l'accord établissant la ZLECAf aurait pu être plus audacieux en ce qui concerne les litiges avec des parties privées.

Le Prof. Emilia Onyema a rebondi sur le sujet des différends commerciaux entre États et entités privées, qui n'est pas prévu par l'accord établissant la ZLECAf. Cela conduit à s'interroger sur la manière de résoudre ces litiges, dans la mesure où il n'existe pas de Cour continentale qui serait compétente pour trancher les litiges commerciaux. Le Prof. Onyema a indiqué que le manque de familiarité avec le système juridictionnel des autres États, leur langue ainsi que leur ordre juridique empêcherait une entreprise nigériane de saisir en toute confiance les tribunaux ghanéens, même s'il s'agit de deux pays de Common Law. Dès lors, des modes alternatifs à la voie judiciaire pourraient être explorés, à savoir la médiation. Le seul inconvénient de la médiation est l'absence de force exécutoire, étant entendu que tous les États africains ne sont pas signataires de la Convention de Singapour. Il subsiste un autre mécanisme de résolution des litiges : l'arbitrage, dans le cadre duquel 42 des 54 États africains sont parties à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

En tout état de cause, selon le Prof. Onyema, la ZLECAf doit établir une distinction entre les litiges privés et publics, et envisager la question des litiges entre entités privées. Une possibilité qu'elle a évoquée pourrait consister à créer une Cour continentale dans le cadre de l'ALECA, telle que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (« CCJA »), qui aurait une compétence à l'échelle du continent.

Le Dr. Sally El Sawah a poursuivi sur une problématique divergente en abordant la question de l'intersection entre les droits de l'homme et l'arbitrage en Afrique. Dans le contexte actuel de la gouvernance d'entreprise, de nombreux concepts ont été développés, tels que la responsabilité sociale des entreprises (« RSE »), l'environnement social et lagouvernance (« ESG »), qui ont incité les entreprises à investir dans des évaluations de leur impact social, des codes de

conduite et, conséquemment, à respecter les droits de l'homme. En termes de différends, dans le secteur de l'arbitrage minier par exemple, de nombreuses questions liées aux droits de l'homme se posent, telles que l'impact sur la pollution de l'eau, la dépossession des terres des populations autochtones, etc. Dans le cadre du protocole de l'ALECA sur l'investissement, un chapitre entier a été consacré aux obligations des investisseurs, notamment l'interdiction de toute corruption, le respect des communautés autochtones, le respect de l'environnement et bien d'autres aspects. En outre, le Protocole accorde à l'État le droit d'introduire une demande reconventionnelle à cet égard. Cela a conduit à se demander si d'autres parties prenantes, telles que les communautés affectées, pouvaient intenter une action contre les investisseurs, et surtout si l'arbitrage était adapté à ce type de litiges. Cette question reste ouverte, mais ce que l'on peut en retenir, c'est que les entreprises en général voudront privilégier l'arbitrage en raison de l'aspect confidentiel, et que les titulaires du droit d'ester en justice n'ont pas entièrement confiance devant les juridictions nationales en Afrique.

La parole a ensuite été donnée au Dr. Amel Makhoul pour présenter le dernier thème à savoir celui des litiges liés à la technologie financière (« FinTech ») et aux cryptomonnaies en Afrique. Celle-ci a d'abord défini le terme FinTech qui se rapporte à toute technologie financière, aux services financiers fournis pour les entreprises et les consommateurs en utilisant l'intelligence artificielle (« IA »), des logiciels, des applications de blockchains et même des plateformes de résolution de litiges en ligne. Le contexte de la pandémie de COVID-19 et la volonté de fournir des solutions de paiement autres que les espèces ont favorisé l'utilisation de la FinTech en Afrique, qui a été décrite par le Dr. Makhoul comme l'industrie de start-up dont la croissance est la plus rapide sur le continent. Onze pays sont actuellement au cœur des opportunités liées à la FinTech en Afrique (le Cameroun, la Côte d'Ivoire, l'Égypte, le Ghana, le Kenya, le Maroc, le Nigéria, le Sénégal, l'Afrique du Sud, la Tanzanie et l'Ouganda) représentant 70 % du PIB de l'Afrique (PiggyVest au Nigéria, EcoCash au Zimbabwe, etc.).

Au cours de sa présentation orale, Dr. Makhoul a également mentionné l'usage des cryptomonnaies en Afrique. Elle a expliqué que les cryptomonnaies ont émergé dans de nombreux pays du continent et que certains États ont même légiféré sur la question pour interdire leur utilisation comme l'Algérie, l'Égypte, la Libye, l'Éthiopie et le Cameroun. Elle a également clarifié la question de l'utilisation des FinTechs et des cryptomonnaies en droit islamique. Dr. Makhoul a expliqué que la FinTech n'est intrinsèquement ni *ḥalāl* (illégal) ni *ḥarām* (légal). Tant que la FinTech se conforme aux principes islamiques et bénéficie à la communauté musulmane, la FinTech est considérée admissible. Quant aux cryptomonnaies, Dr. Makhoul a affirmé qu'une approche globale tendant à considérer toutes les cryptomonnaies comme légales ou illégales ne serait pas praticable. Elle a détaillé les controverses existant dans l'industrie des crypto-actifs même si le concept de monnaie n'a jamais été directement défini dans le Coran et la Sunna (les paroles et actions du Prophète Mohammed).

En ce qui concerne la résolution des litiges, en raison de la nature transfrontalière des litiges liés aux cryptomonnaies, les investisseurs sont susceptibles d'avoir davantage confiance dans la procédure d'arbitrage. Les conditions générales de nombreuses plateformes désignent spécifiquement des règles d'arbitrage et les parties pourront choisir des conseils et arbitres spécialisés dans le domaine concerné.

L'exécution d'une sentence arbitrale peut toutefois poser des difficultés dans les pays qui interdisent les cryptomonnaies. Il peut être tentant de solliciter une sentence en monnaie fiduciaire pour contourner l'interdiction des cryptomonnaies. En 2020, en Chine, une sentence a été annulée parce que son exécution aurait facilité la circulation du bitcoin en Chine, ce qui irait à l'encontre de l'esprit de la loi.

En conclusion, le Dr. Makhoul a rappelé que les cryptomonnaies n'en sont encore qu'à un stade précoce de développement en Afrique.

« LA RENCONTRE ENTRE AI ET IA : L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DANS L'ÈRE DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE »

Par Victoria Struys and Elisa-Marie Goubeau

Le 28 mars 2023, Forensic Risk Alliance et Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ont coorganisé une conférence offrant un aperçu des utilisations potentielles et des risques de l'intelligence artificielle («IA») dans le domaine de l'arbitrage international («AI») à l'occasion de la Paris Arbitration Week 2023. Modéré par Youssr Khalil (Associée chez Forensic Risk Alliance), le panel était composé de Noah Rubins KC (Associé chez Freshfields Bruckhaus Deringer LLP), Kathryn Khamsi (Associée chez Three Crowns LLP), Alexander Leventhal (Associé chez Quinn Emmanuel Urquhart & Sullivan, LLP), José Feris (Associé chez Squire Patton Boggs) et Laura Galindo (experte en politique mondiale en matière d'IA chez Meta).

Afin d'ouvrir la discussion, Mme Khalil a formulé quelques remarques introductives en mentionnant le projet de législation de l'Union Européenne sur l'IA afin de mieux réglementer et contrôler les nouvelles technologies. Ensuite, les panélistes ont été invités à livrer leurs réflexions sur les implications de l'IA sur la pratique du droit dans l'AI ainsi qu'à partager leurs opinions sur l'incidence de l'IA quant aux notions de partialité et de prise de décision.

La parole a d'abord été donnée à Maître Rubins KC. Selon son opinion, l'IA aura un impact limité sur le métier d'avocat car elle ne pourra pas entièrement remplacer la qualité essentielle des avocats à savoir le raisonnement critique. Si l'IA est capable de reproduire des modèles déjà existants et de prédire des résultats, il a souligné que l'IA reste dépourvue de créativité. Par ailleurs, il a expliqué que le rôle de la plaidoirie orale ne sera probablement pas supprimé puisque le travail d'un avocat ne consiste pas seulement à imiter des modèles. Apprendre aux machines à se familiariser avec les émotions et la plaidoirie relèverait de la science-fiction. L'IA devrait plutôt être considérée comme un progrès vers l'automatisation de certaines tâches des avocats, mais ne devrait pas être envisagée comme leur potentiel remplaçant. Maître Rubins KC a également évoqué l'impact de l'IA sur la formation des jeunes avocats. Il a reconnu que l'IA pourrait être utilisée au service de la formation des jeunes professionnels car elle permet d'accomplir certaines tâches plus rapidement. Ainsi, les stagiaires auront davantage de temps pour travailler sur des questions plus substantielles.

Le deuxième intervenant, Maître Feris, a expliqué que l'IA guide déjà les professionnels du droit car les contrats sont passés en revue par des logiciels pour accélérer le processus transactionnel. En ce qui concerne l'impact de l'IA sur la prise de décision, Maître Feris a évoqué la nécessité d'ajouter au modèle d'autres considérations comme enseigner au système à évaluer une déclaration de témoin ou appliquer des concepts juridiques à certains faits. Cependant, le panéliste a souligné le manque d'informations disponibles dans le domaine de l'arbitrage international comme un obstacle important pour que l'IA puisse fournir des réponses significatives. Bien que Maître Feris ait énuméré les limites des nouvelles technologies, il reconnaît toutefois que l'IA allègera la charge de travail et contribuera à rendre l'information plus accessible et plus démocratique pour tous.

Le modérateur a par la suite sollicité l'avis de Mme Galindo sur les possibles répercussions que l'IA pourrait avoir sur le concept de partialité. L'intervenante a commencé par exposer les risques liés à la transparence et à la protection de la vie privée que peut engendrer l'utilisation d'IA. D'après elle, des exigences réglementaires de la part des gouvernements, des cabinets d'avocats et des entreprises seront nécessaires pour atténuer ces risques et garantir la fiabilité de l'IA. Elle a également plaidé pour une plus grande diversité dans les données utilisées de manière à inclure toutes les populations et de ne laisser personne de côté dans la prise de décision. Enfin, elle a souligné que l'avènement de l'IA exigerait de penser l'IA comme créateur de problèmes, et non seulement comme solutionneur de problèmes.

Maître Leventhal a contribué au débat en ajoutant que la qualité des résultats fournis par l'IA dépend de celle des données introduites dans le système. Bien que l'IA soit désormais capable d'établir des prédictions, elle ne reste qu'un outil linguistique capable de générer des textes semblables à ceux des humains; en ce sens elle ne peut pas interpréter

des images de la même manière que les humains. Maître Leventhal a souligné que l'IA est incapable d'évaluer la sincérité des êtres humains ni de prendre en considération l'équité. Il a également fait remarquer que l'utilisation constante de l'IA en arbitrage international empêcherait la création de nouveaux modèles, ce qui pourrait constituer un obstacle supplémentaire.

Lors de son intervention, Maître Khamsi a exposé la nécessité de responsabiliser les outils d'IA. Elle a illustré son propos par une expérience dans le cadre d'un conflit d'infrastructure dans lequel les données de travail collectées ne reflétaient pas le comportement des employés sur le projet. Pour remédier à cette incohérence, elle a énuméré trois solutions. La première solution consiste à étendre l'ensemble des données considérées par l'IA sur une période temporelle plus étendue. La deuxième consiste à comparer les méthodes de mesure sous différents angles et procéder à une correction en analysant plusieurs ensembles de données. La troisième solution consiste à aborder de manière réfléchie les inexactitudes constatées.

Le modérateur a ensuite interrogé les membres du panel sur les mesures éthiques à adopter en cas de disparité des données. Maître Leventhal a répondu qu'il existait un large éventail de décisions juridiques provenant des États-Unis et d'autres pays occidentaux, cependant, la quantité de données disponibles dans d'autres juridictions demeure plus rare. En outre, il a noté que la question principale dans le domaine de l'AI réside dans la confidentialité des décisions. Dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États, les sentences arbitrales peuvent être publiques mais non contraignantes. Cela peut engendrer un risque dans la mesure où les prévisions de l'IA peuvent conduire à des décisions contraignantes indésirables.

Après avoir abordé la question des disparités entre les données, les panélistes ont discuté de l'utilisation des outils d'IA par les tribunaux arbitraux. Maître Feris a donné l'exemple d'un juge colombien qui a utilisé ChatGPT pour rendre son jugement. Il a souligné la nécessité pour les tribunaux d'utiliser l'IA de manière transparente et de communiquer avec les parties si les arbitres venaient à utiliser cette technologie pour obtenir une réponse. En d'autres termes, les arbitres doivent révéler les sources utilisées qui n'ont pas été fournies par les parties. Il a conclu que l'IA aidera les tribunaux arbitraux à travailler de manière plus rapide, plus approfondie et plus efficace. Sur le même point, Mme Galindo a indiqué que dans quelques temps la communauté d'arbitrage pourrait assister à la publication de nouvelles lignes directrices par les institutions arbitrales concernant l'utilisation des outils d'IA. Certaines d'entre elles pourraient s'adresser directement aux arbitres.

Le modérateur a ensuite convié Maître Khamsi à présenter aux participants de la conférence son étude de cas. Au cours de sa présentation, l'intervenante a montré un diagramme spaghetti qui représente les facteurs influençant le succès des États-Unis et de l'OTAN en Afghanistan. Elle a expliqué que cette technologie est la même que celle qui peut être utilisée pour établir le lien de causalité dans les affaires complexes en AI. Plus précisément, elle a révélé que le type d'IA acheté est celui qui construit un modèle de robot pour traiter la multitude des données impliquées. Contrairement à d'autres modèles courants, la première étape consiste plutôt à comprendre le système. Il est donc impératif d'avoir une idée des principes de base qui régissent le système. Elle a ensuite expliqué que si l'IA a été traditionnellement utilisée comme outil prédictif, dans le domaine de l'AI, les modèles peuvent créer des versions alternatives de l'avenir et du passé. En ce qui concerne l'évaluation des dommages dans les différends commerciaux, une version alternative du passé est souvent nécessaire.

Pour conclure, les panélistes ont été interrogé sur les problèmes susceptibles d'affecter l'AI. Le premier problème réside dans le fait que l'IA est une boîte noire, ce qui pose des problèmes de transparence. Une autre problématique concerne le manque de fiabilité, en particulier pour les logiciels qui génèrent des diagrammes tels que le diagramme spaghetti évoqué précédemment. En effet, il est difficile d'inclure et de représenter toutes les dynamiques en jeu dans des événements complexes. Par exemple, la mention du « soutien extérieur aux factions insurgées » ne permet pas de différencier les types de soutien extérieur, car il n'y a pas de modélisation de la dynamique interne des pays. Toutes ces questions remettent en cause la possibilité de déployer ce type de technologie en AI. Enfin, convaincre les tribunaux arbitraux de recourir aux chiffres pour des cas réels peut s'avérer être un exercice compliqué.

« RÉOLUTION DES LITIGES EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE, SOCIALE ET DE GOUVERNANCE (ESG) : COMMENT L'AFRIQUE OUVRE-T-ELLE LA VOIE ? »

Par Chioma Menankiti et Rose Le Cornec

Le Mardi 28 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, le cabinet Reed-Smith, en collaboration avec AfricArb, a organisé une conférence sur le sujet suivant: « Résolution des litiges en matière environnementale, sociale et de gouvernance (ESG) : comment l'Afrique ouvre-t-elle la voie ? ». Le panel était modéré par Clément Fouchard (Associé du cabinet Reed-Smith), Guillaume Aréou (Collaborateur Sénior du cabinet Reed Smith) et Julie Spinelli (Associée du cabinet Le 16 Law et membre de l'association AfricArb) et composé du Prof. Sabrina Robert (Professeure de droit public à l'Université du Mans), de Mme Laurie Ahtouk-Spivak (Associée du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton), de M. Obioma Ofoego (Associé du cabinet Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan) et de M. Guled Yusuf (Associé du cabinet Allen & Overy).

Maître Aréou a donné le coup d'envoi de la conférence en contextualisant le thème des valeurs économiques, sociales et de gouvernance (« ESG »). Il s'agit des valeurs fondamentales des institutions qui couvrent les aspects non financiers des affaires et impactent positivement les investissements. Il a précisé que la notion d'ESG est également liée à la notion de développement durable et a donné des exemples de la manière dont les réclamations liées à la pollution et au changement climatique peuvent apparaître dans le cadre des affaires. Il a notamment fait référence à la décision des cours françaises dans l'affaire opposant Total Energies à des ONG ougandaises sur l'application de la loi française sur le devoir de diligence. Il ne fait aucun doute que le thème de l'ESG a gagné en importance au cours des dernières années, comme en témoigne l'accord de facilitation durable UE-Angola de 2022, qui encourage les investissements tout en intégrant le droit de l'environnement et du travail.

Maître Fouchard a ensuite invité les panélistes à mettre en lumière les instruments internationaux pertinents en matière d'ESG. La Prof. Robert a souligné les nombreuses normes mondiales découlant d'initiatives institutionnelles, tel que l'Accord de Paris et les principes directeurs de l'ONU, qui diffusent les critères ESG et favorisent les investissements. Cependant, la notion d'« investissement durable » est vague et reste à définir. Sur le continent africain, plusieurs pays ont signé des accords de l'OIT et incluent des objectifs de développement durable dans leurs codes d'investissement, y compris l'obligation d'employer la population locale et de respecter les normes environnementales ISO.

Maître Ahtouk-Spivak a ensuite couvert les normes européennes concernant des sociétés dont l'activité se situe en Afrique. Ces initiatives ESG comprennent la directive sur les rapports non financiers de 2014 et la directive sur les rapports de développement durable des entreprises de 2022, qui étend le cadre existant pour inclure des exigences plus complètes en matière de rapports et permet aux entreprises d'évaluer leur propre impact sur les questions de développement durable et la manière dont les risques liés au développement durable affectent l'environnement. Il y a également le règlement « Taxonomie » qui fournit le vocabulaire que les entreprises doivent utiliser dans leurs rapports. Enfin, la directive sur le devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable, si elle est adoptée, aura des conséquences encore plus importantes que les initiatives susmentionnées. Globalement, ces normes concernent de plus en plus les relations entre professionnels (« B to B ») ce qui change la façon dont ces derniers intègrent le risque ESG dans leurs contrats.

La conversation, guidée par Maître Spinelli, s'est alors orientée sur ce sujet et Maître Ofoego a souligné que les dispositions relatives à l'ESG font leur chemin dans les contrats privés, notamment en raison des avantages non financiers de ces valeurs. Les parties intègrent de plus en plus des lignes directrices de droit public dans leurs contrats et, de ce fait, les questions ESG commencent ainsi à façonner les contrats privés, un phénomène qui peut se produire dans l'autre sens. En ce qui concerne l'interprétation des critères, il convient de se référer aux différents types de droit

et, en termes d'exécution, les recours offerts par l'arbitrage sont prioritaires. Les parties doivent également accorder plus d'attention à ce qui est arbitral en vertu des lois pertinentes. Puisque l'arbitrage n'est pas toujours la meilleure solution pour résoudre certains litiges en matière d'ESG, les mécanismes alternatifs de résolution des litiges peuvent entrer en jeu.

Maître Yusuf a expliqué certains avantages des dispositions ESG, qui, par exemple, équilibrent les intérêts des parties, renforcent la transparence et permettent aux entreprises d'évaluer les risques de leurs investissements et donc d'améliorer la qualité de ces derniers. Il a également souligné que l'intégration de ces dispositions facilite la conduite des affaires donc les investissements dans les pays africains. Plusieurs pays africains ont notamment intégré les critères ESG dans leurs politiques d'investissement en adoptant des accords régionaux, en émettant des obligations vertes durables et en adoptant des politiques fiscales qui rendent les projets d'énergie renouvelable plus abordables. Par exemple, plusieurs traités d'investissement signés récemment par des pays africains prévoient le droit de l'État d'accueil de réglementer et exigent l'engagement des investisseurs en matière de droits de l'homme ainsi que la contribution de ces derniers au développement durable de l'État d'accueil. De plus, Maître Yusuf a observé une harmonisation linguistique des valeurs ESG dans les récents traités signés par les pays africains.

Compte tenu des structures établies sur le continent pour promouvoir les critères ESG, la Prof. Robert a été invitée à expliquer les évolutions et les innovations sur le continent africain à cet égard. Il s'agit d'un processus de réforme des traités d'investissements qui a débuté en 2010 et qui se manifeste à travers la réécriture des normes, l'insertion de clauses de flexibilité, la protection accrue pour les États, l'inclusion d'obligations pour les investisseurs et l'exclusion de l'arbitrage pour certains secteurs et mesures. Ces évolutions ont des conséquences sur les procédures d'arbitrage futures, qui doivent appliquer les nouvelles normes de protection prévues par les traités d'investissement récents. A titre d'exemple, on peut citer la définition récente et plus restreinte des attentes légitimes qui exigerait des investisseurs qu'ils prennent en compte les obligations ESG dans leurs attentes. Les panélistes ont convenu que plus de demandes reconventionnelles seraient introduites dans les futures procédures d'arbitrage.

Maître Achouk-Spivak a appuyé le point en citant des jurisprudences, des procédures, des points de contact nationaux de l'OCDE, des litiges d'arbitrage commercial fondés sur l'absence de mesures correctives et le non-respect des clauses d'évaluation de l'impact sur l'environnement (« EIE »). En ce qui concerne les différends relatifs aux traités, les États africains ont soulevé des objections à la compétence des tribunaux arbitraux sur la base de l'illégalité présumée des investissements et les tribunaux arbitraux ont accueilli favorablement des réclamations sur la corruption dans des affaires impliquant des pays africains. L'impact des dispositions ESG dans l'arbitrage international s'est également matérialisé dans le calcul des dommages, quand les parties ont fait valoir que la notion de faute contributive devait être utilisée pour pénaliser le non-respect des valeurs ESG.

La conférence s'est terminée par une prise de parole du public qui a pu apporter sa contribution et poser des questions sur le sujet. Les intervenants ont répondu aux questions du public sur les clauses de stabilisation et sur l'interprétation des dispositions ESG. Ils ont également accueilli des remarques sur d'autres dispositions innovantes dans les traités d'investissement récents, telles que les clauses de non-abaissement des normes qui empêchent les États d'accueil d'abaisser leurs normes en matière d'environnement afin d'attirer les investissements. Maître Fouchard a conclu la conférence en encourageant le public à signer l'engagement vert de la Campagne pour un arbitrage plus vert, une mesure que Reed Smith a prise de manière exemplaire.

« CE QUE LES PRATICIENS DOIVENT SAVOIR SUR L'INTERPÉNÉTRATION ENTRE LA CRISE MULTISECTORIELLE MONDIALE ET L'ASSURANCE RISQUE POLITIQUE ? »

Par Hristijan Zafirovski et Samuel Davies

Le mardi 28 mars 2023, Shearman & Sterling a organisé une table ronde dans le cadre de la Paris Arbitration Week 2023, axé sur la crise multisectorielle mondiale, ses risques sur l'investissement étranger et l'assurance contre les risques politiques (ARP) comme moyen de gérer l'exposition des investisseurs. Animé par Elise Edson (Counsel chez Shearman & Sterling), la table ronde était composée de George Bellord (directeur chez BPL Global), Mark Kantor (arbitre indépendant) et Anna Morgan (directrice juridique chez BPL Global).

Après des remarques préliminaires de Maître Younan, les risques politiques ont été définis par reprise de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI), comme « les actions gouvernementales restreignant les droits des investisseurs d'utiliser des actifs ou une réduction ultérieure de leur valeur ». Ces risques peuvent comprendre les guerres, révolutions, expropriations et restrictions sur le mouvement des bénéficiaires ou autres revenus dans un État. Il peut également s'agir de changements des conditions politiques ou socio-économiques ayant une incidence sur un investissement. L'augmentation des risques auxquels sont confrontés les investisseurs dans une économie mondiale plus que jamais interconnectée a accru à la fois la fréquence et la proximité des risques politiques. L'incapacité à faire face au changement climatique, l'invasion russe en Ukraine, la pandémie mondiale, les perturbations de chaîne d'approvisionnement, la dette souveraine et la hausse de l'inflation sont quelques exemples qui indiquent une augmentation continue des risques politiques dans le futur. Le forum économique mondial qualifie l'intersection des risques actuels et crises émergentes de crise multisectorielle. La gestion des risques politiques étant cruciale pour la durabilité à long terme d'une société, l'ARP est conçue pour promouvoir et encourager l'investissement dans des environnements périlleux. Ces polices peuvent être « élaborés autour de modèles basés sur des données historiques ».

M. Bellord a discuté de la création de l'ARP, ses origines, le type de couverture fournie et la capacité de couverture, ainsi que du rôle de la AMGI. À la suite de la seconde guerre mondiale, le gouvernement américain a créé une police d'assurance pour aider les investissements américains dans le monde entier, et pour la première fois entre les entités gouvernementales. À la suite de la création de l'AMGI en 1988, le marché privé de l'ARP s'est élargi avec l'entrée d'AIG et de Lloyds. Bien qu'il soit difficile d'estimer la taille du marché ARP en raison du manque de données, la croissance de la demande et de la concurrence impliquent que « l'ARP a trouvé sa place et les assureurs disposent d'une importante capacité de couverture ». M. Bellord a poursuivi en expliquant que l'AMGI est le plus grand client sur le marché privé et réassure les expositions des assureurs privés moyennant une prime substantielle. Il a également remarqué que, bien que l'AMGI ait une influence pour limiter la probabilité d'expropriation gouvernementale, elle ne peut pas empêcher d'autres risques tels que l'entrée de deux parties en conflit armé. Par conséquent, la couverture doit se concentrer sur les aspects de violence politique et de guerre. Il est important d'assurer que les pertes sont réparables auprès du gouvernement comme violation du droit international.

Mme Morgan a abordé les potentiels différends liés aux événements entraînant une perte et le cadre juridique dans lequel ces affaires sont gouvernées. Mme Morgan a expliqué le processus de réclamation en remarquant que les différends peuvent survenir lorsqu'un client cherche à obtenir l'indemnisation de pertes subies après la survenance d'un événement défini plusieurs années après l'incident. Les assureurs désignent des experts afin d'examiner les faits et se prononcer sur la couverture dudit événement. Concernant la loi applicable à l'ARP, tout contrat préalable doit être pris en compte et les négociations sur la rédaction du contrat doivent protéger l'assureur, la certitude des actifs couverts et sur les mécanismes de règlement des différends. Dans la plupart des cas les différends sont soumis à l'arbitrage en raison de préoccupations de confidentialité. Des termes et principes clés sont remis en question lors d'un différend juridique, tels que le devoir de l'assuré de présenter une réclamation exacte à l'assureur, l'allocation de la responsabilité, la charge de la preuve et les devoirs de divulgation. La formulation de la police doit contenir des définitions claires et

précises afin de déterminer si le risque s'est produit, mais il est impossible d'anticiper tous les scénarios. Même après l'indemnisation d'un dommage, il peut y avoir des obligations continues incombant à l'assuré d'obtenir des remboursements et de les partager avec l'assureur, ce qui pourrait entraîner de nouveaux différends.

Prof. Kantor a conclu les discussions en abordant la place de l'assuré dans le règlement des différends entre investisseurs et États dans le contexte du droit de subrogation de l'assureur, et les dommages lorsque l'investisseur assuré a déjà été couvert par l'ARP. Il a ajouté que les polices couvrent généralement l'expropriation, la violence politique, les cessations d'activité, les restrictions de transfert et de convertibilité des devises, et la violation du contrat par l'État dans le contexte de sentence arbitrale rendue par défaut. Prof. Kantor a noté que le règlement des différends entre investisseurs et États prend en moyenne 3,5 ans entre le dépôt d'une réclamation auprès du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI ») et la délivrance de la sentence, avec un temps supplémentaire pour les procédures d'annulation ou d'exécution. C'est un processus long, mais l'AMGI dispose du pouvoir discrétionnaire d'accorder des indemnités jusqu'à 50% de sa couverture pendant que les procédures sont en cours. Il a ajouté qu'un aspect pratique de l'ARP est que si ces éléments sont négociés avec l'émetteur de la police, ils peuvent être pris en compte. Eu égard aux compensations, l'ARP admet généralement une indemnisation sur la base de la valeur nette comptable par application de principes comptables. En revanche, l'arbitrage international d'investissements peut accorder une compensation à la valeur marchande et pour diminution de la valeur marchande. Un autre aspect de l'ARP concerne le partage des risques, ce qui signifie que l'assureur et l'assuré partagent le risque de perte dans une proportion prédéterminée.

La question est donc de savoir si l'investisseur conserve le droit de participer au processus de règlement des différends entre investisseurs et États en cas de couverture par une ARP, et les conséquences en matière de dommages. Typiquement, les réassureurs se substituent dans les droits et réclamations de l'investisseur assuré pour trois raisons. D'abord, les termes de la police contiennent un droit de subrogation, ensuite la loi applicable prévoit la subrogation, ce qui peut être très attirant pour un assureur privé qui cherche à intenter une action contre un État, et enfin, des accords entre l'assureur et l'État reconnaissent ce régime de subrogation. La question de la participation se pose lorsque l'assureur cherche à remplacer un investisseur dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Les TBI reconnaissent la subrogation, mais cela peut ne pas résoudre l'exigence de nationalité dans la convention du CIRDI, ce qui pose des problèmes pour que l'ARP prenne la place de l'investisseur pendant la période préalable à la sentence.

Enfin, la doctrine de la réelle partie intéressée a été examinée. Elle affirme que la juridiction compétente doit être déterminée en fonction de la partie ayant un intérêt dans le différend, et non seulement du demandeur nommé. Cela crée un problème pour les ARP cherchant à se substituer à un investisseur dans le règlement d'un différend investisseur-État. Il est plus sûr pour les ARP de se fier aux droits de contrôle prévus dans la police plutôt que de prendre une cession avant le prononcé de la sentence finale. Les dispositions de prépaiement obligent l'assuré à prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir une réclamation et interdisent à l'assuré de renoncer à tout droit ou demande sans le consentement de l'assureur. La couverture juridique globale fournie par l'AMGI rend la souscription de l'ARP rentable pour de nombreux investisseurs.

« L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT EST-IL MORT ? PERSPECTIVES EUROPÉENNES ET AFRICAINES »

Par Michael Hingston et Chioma Menankiti

Le mardi 28 mars 2023, dans le cadre des événements organisés par la Paris Arbitration Week, DLA Piper a organisé une conférence sur le thème suivant : « L'arbitrage d'investissement est-il mort ? Perspectives européennes et africaines ». La conférence était modérée par Michael Ostrove et Théobald Naud (Associés chez DLA Piper France LLP) et le panel était composé de Claire Debourg (Professeure à l'Université Paris Nanterre), Mouhamed Kebe (Managing Partner, GENI & KEBE (membre de DLA Piper Africa) et Flavia Marisi (Membre du service juridique de la Commission européenne).

Après une présentation des intervenants par Maître Ostrove, Mme Marisi, à l'invitation de Maître Naud, a exposé quelques observations concernant le système de règlement des différends entre investisseurs et États (« ISDS ») et a décrit les derniers développements relatifs à la Cour multilatérale d'investissement que la Commission européenne s'efforce de mettre en place. Elle a souligné que, de même que « personne n'est parfait », l'ISDS a fait l'objet de critiques tant sur le plan de la procédure que sur le fond. En ce qui concerne la procédure, la transparence, la légitimité et la cohérence du système sont les points les plus marquants. L'ISDS a également été critiquée pour des problèmes de fond tels que la formulation de la plupart des traités d'investissement. Compte tenu de ces problèmes, trois options s'offrent aux États : s'éloigner de l'ISDS, comme l'ont fait la Bolivie et le Venezuela en 2007 et 2012 respectivement, maintenir le statu quo et réformer le système, ce qui est l'option choisie par l'Union européenne (« UE »).

En ce qui concerne les questions de procédure, les solutions proposées sont notamment l'application des règles de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et l'adoption d'un système de cour d'investissement pour les litiges bilatéraux. La cour d'investissement envisagée par l'Union européenne sera un tribunal d'investissement autonome composé de 9 juges assis et de 5 juges dans les procédures d'appel. Ce système a déjà été inclus dans certains accords signés par l'UE, tels que l'accord de libre-échange entre l'UE et le Viêt Nam. Sur le plan multilatéral, l'UE propose une Cour multilatérale d'investissement (« CMI ») où la nomination des arbitres se fera sur la base d'une liste reflétant une forte représentation géographique et de genre. En ce qui concerne la compétence, un accord faisant référence à la CMI n'accordera pas automatiquement le consentement de l'État à saisir la CMI. Les États doivent ainsi accepter expressément l'autorité de la CMI. Le CMI sera également doté d'un code de conduite, inspiré des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts, et d'un centre consultatif multilatéral, comme celui de l'Organisation mondiale du commerce. Enfin, un système d'appel sera mis en place et des dispositions seront prises pour la garantie du paiement des frais et pour le rejet rapide des demandes frivoles.

Mme Marisi a également apporté quelques solutions pour les problèmes de fond qui se présentent dans le cadre de l'ISDS. Pour les traités bilatéraux, cela comprend l'inclusion de dispositions des traités de nouvelle génération, et pour les traités multilatéraux, elle a fait référence au Traité sur la Charte de l'Énergie (« TCE ») dont la modernisation a été motivée par la nécessité de respecter les engagements des États membres en vertu de l'Accord de Paris. Ainsi, le TCE modernisé comporte une liste actualisée de matières et de produits énergétiques figurant dans une annexe au Traité. Pour des raisons de flexibilité, il existe une exception pour la protection des investissements dans les combustibles fossiles. Enfin, le Traité sera révisé tous les cinq ans afin de rester en phase avec les avancées technologiques.

Le Prof. Debourg a ensuite abordé le sujet de l'avenir de l'arbitrage dans l'UE à la suite des décisions Achmea et Komstroy qui ont condamné le recours à l'arbitrage d'investissement en vertu des traités d'investissement conclus entre États membres de l'UE. Le Prof. Debourg a fait part de ses préoccupations quant à la portée géographique de ces décisions et à la manière dont elles peuvent limiter les droits des investisseurs dans l'UE. En ce qui concerne la portée géographique, Prof. Debourg a remarqué que les États membres se sont conformés aux décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE ») et ont mis fin aux traités bilatéraux d'investissement conclus au sein de l'UE.

Toutefois, certains se sont inquiétés du fait que cette interdiction de l'arbitrage d'investissement pourrait s'étendre à l'arbitrage commercial. Le raisonnement est le suivant : puisque les tribunaux d'arbitrage commercial, comme les tribunaux ISDS, peuvent appliquer le droit européen mais ne peuvent pas soumettre de questions préjudicielles à la CJUE, ils peuvent également être incompatibles avec le droit européen. Toutefois, Prof. Debourg a déclaré que cette possibilité a été rejetée à de nombreuses reprises par les cours.

Le Prof. Debourg a également évoqué les limites procédurales que pourraient soulever les décisions de la CJUE. Certains ont suggéré que le rejet de l'arbitrage d'investissement intra-UE pourrait empêcher les parties à de tels litiges d'avoir accès aux tribunaux pour réviser et faire appliquer leurs sentences arbitrales. Toutefois, Prof. Debourg s'est montrée sceptique quant à la possibilité que ces préoccupations trouvent un écho dans l'UE, observant que ces limitations avaient été rejetées dans l'affaire Komstroy. Enfin, Prof. Debourg a noté que la position de la CJUE concernant l'arbitrage d'investissement intra-UE n'était pas universellement partagée. Par exemple, les tribunaux du CIRDI ont résisté à l'interdiction de ce type d'arbitrage d'investissement.

M. Kebe a ensuite abordé la question de la réception de l'ISDS dans les pays africains. Il a décrit trois phases de l'ISDS en Afrique : La phase « heureuse », la phase « sombre » et la phase « réactionnaire ». La phase « heureuse » a été caractérisée par la conclusion rapide, par les pays africains, de traités d'investissement comportant des clauses relatives à l'ISDS. En effet, les premiers pays à signer (Tunisie) et à ratifier (Nigeria) la convention CIRDI étaient des pays africains. La phase « sombre » qui s'est déroulée au cours des dix dernières années a été marquée par une forte frustration des pays africains à l'égard de l'ISDS, notamment en raison du manque de transparence des procédures d'arbitrage, de la sous-représentation des arbitres africains dans les tribunaux arbitraux et de plusieurs sentences défavorables rendues à l'encontre des gouvernements africains. Enfin, la phase de réaction fait référence à la réponse des pays africains qui cherchent à réduire leurs obligations en vertu des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux.

M. Kebe a souligné que cette réaction se manifestait le plus souvent par l'obligation pour les parties d'épuiser les voies de recours devant les tribunaux nationaux avant de recourir à l'ISDS, ou par l'exclusion pure et simple de l'arbitrage d'investissement. M. Kebe a cité en exemple le protocole d'investissement de la South African Development Community (« SADC »), qui a été modifié en 2016 pour exclure le recours à l'arbitrage d'investissement, la loi sur l'investissement de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (« CEDEAO »), qui exige l'épuisement des voies de recours internes, et l'accord d'investissement du Common Market for Eastern and Southern Africa (« COMESA »), en vertu duquel les différends ne peuvent être portés que devant la Cour de justice du COMESA. D'autres pays africains ont adopté des mesures telles que la modification des TBI pour exiger la consultation et la négociation entre les parties avant de recourir à l'arbitrage.

Malgré les critiques du système d'ISDS en Afrique, M. Kebe a insisté sur le fait que pour les pays africains, l'arbitrage d'investissement n'est pas mort. Au contraire, ces pays continuent à prendre des mesures pour adapter l'ISDS à leurs besoins.

L'échange s'est ensuite étendu au public via leurs questions. La première question portait sur la manière dont les contreparties réagissent aux clauses exigeant l'épuisement des voies de recours locales. M. Kebe a répondu que ces clauses n'avaient pas eu un grand impact sur les négociations en Afrique australe, et Mme Marisi a fait remarquer que l'inclusion d'objectifs politiques dans la dernière génération de clauses ISDS pourrait aider les parties à trouver un équilibre. La deuxième série de questions portait sur le fait de savoir si l'approche actuelle de l'UE en matière d'arbitrage d'investissement limitait l'autonomie des tribunaux dans l'UE, et si l'UE avait manqué l'occasion de créer un forum alternatif. Mme Marisi a suggéré que les tribunaux nationaux étaient le forum approprié dans l'UE et a maintenu que l'arbitrage d'investissement n'était pas cohérent avec le droit de l'UE et qu'il n'y a donc aucune vie pour l'arbitrage d'investissement intra-UE, qu'elle soit créée par la Commission européenne ou la CJUE.

La conférence s'est enfin clôturée par une question portant sur le fait de savoir si la CJUE était le meilleur forum pour soumettre des questions relatives à l'arbitrage d'investissement et à l'arbitrage commercial. Si Prof. Debourg et M. Kebe ont reconnu que le recours aux tribunaux locaux pour ces questions suscite un certain scepticisme, M. Kebe a fait remarquer que des systèmes judiciaires fiables peuvent compenser au moins en partie les inquiétudes des investisseurs. Mme Marisi a confirmé au panel que les réformes de l'UE concernant l'ISDS n'ont aucune conséquence sur l'arbitrage commercial.

« TROUVER UN ACCORD DURABLE : ÉQUILIBRER LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET LES DROITS DES INVESTISSEURS DANS LE SECTEUR MINIER »

Par Maryam Gilmitdinova et Ilona Métais

Le mardi 28 mars 2023, Jus Mundi a organisé un séminaire dans ses bureaux parisiens intitulé « Trouver un accord durable : équilibrer la responsabilité de l'État et les droits des investisseurs dans le secteur minier ». Le panel était modéré par Alexandre Vagenheim (VP Global Legal Data chez Jus Mundi) et était composé de plusieurs avocats et experts dont Dora Ziyeva (Associée chez Dentons), William Kirtley (Managing Partner chez Aceris Law), Mark Johns (Office Director chez Exponent, Inc.) et Funke Adekoya San (Arbitre indépendante et consultante en contentieux.)

Le séminaire a été introduit par Alexandre Vagenheim qui a commencé par présenter Jus Mundi, une entreprise de technologie juridique dont l'objectif est de fournir un accès à l'information juridique mondiale à l'échelle globale. Il a expliqué que Jus Mundi fournissait des rapports annuels sur les industries, mentionnant en particulier le Jus Mundi 2023 Mining Arbitration Report, qui a servi de feuille de route pour ce panel. Il a également noté que l'arbitrage minier a connu une forte croissance au niveau mondial au cours des vingt dernières années et que Jus Mundi couvre environ 800 litiges miniers - 500 cas d'arbitrage commercial et 300 cas d'arbitrages d'investissement. Ces affaires soulèvent une question essentielle : comment parvenir à un juste équilibre entre les droits des investisseurs, c'est-à-dire les normes de protection des investissements, et les droits des États en termes de gestion de leurs ressources naturelles, c'est-à-dire leur droit à maximiser les bénéfices de leur exploitation.

Mark Johns a proposé des solutions réalistes au conflit réglementaire potentiel entre les normes ESG et les normes de protection des investissements. Il a abordé la question de l'impact des sociétés minières sur les communautés locales à travers le concept de « licence sociale d'exploitation ». Il a expliqué que les Nations Unies avaient commencé à examiner de plus près les principaux enjeux ESG depuis 2015, en particulier les quatre principaux : la gestion de l'eau, la décarbonisation, le changement climatique et la production verte. Il a de plus souligné que l'exploitation minière pourrait endommager l'eau propre et, par conséquent, affecter directement les communautés locales. Le passage à l'énergie solaire, la collecte et l'analyse de données et le développement de mines respectueuses de l'environnement sont des solutions réalisables.

Dora Ziyeva a ensuite examiné la jurisprudence pertinente en matière d'arbitrage d'investissement dans les litiges miniers et a noté un changement important dans la prise en compte par le tribunal arbitral de l'impact sur les communautés locales. Elle a mentionné l'affaire Gold Reserve c. Venezuela, dans laquelle le tribunal a refusé de révoquer une licence d'exploitation minière si c'était uniquement sur la base de son impact sur les communautés locales. Elle a également discuté de l'affaire Quiborax c. Bolivie, dans laquelle le tribunal avait conclu que l'impact sur les communautés locales n'affecte pas l'obligation d'indemnisation. Dans l'affaire Bear Creek Mining c. Pérou, le tribunal avait pris en considération l'impact sur les communautés locales et accorda des dommages-intérêts en conséquence. Mme Ziyeva a abordé l'aspect pratique de la participation de la société civile dans l'arbitrage et a expliqué comment préparer un mémoire d'amicus curiae, pouvant être utile dans les litiges relatifs à l'ESG et à l'investissement minier. Selon elle, bien qu'il n'y ait pas de règle d'or, la tendance est à l'augmentation des mémoires d'amicus curiae dans les arbitrages d'investissement selon le Jus Mundi 2023 Mining Report.

Elle a rappelé que l'accent mis sur les ESG n'est pas particulièrement nouveau mais qu'il y a une pression croissante sur ces questions au niveau international. Le plus souvent, les questions d'ESG sont soulevées dans le cadre de la défense ou de la demande reconventionnelle de l'État. L'une des questions fondamentales dans les affaires d'ESG est de savoir si l'État est la bonne partie pour faire valoir une demande reconventionnelle en matière d'ESG, en particulier lorsque cela concerne un dommage lié à l'environnement. Dans l'affaire BSGR c. Guinée, la Guinée a défendu avec succès une demande de 5 milliards de dollars concernant la révocation de droits miniers pour des raisons de corruption, c'est-à-dire

des questions de gouvernance. Un autre exemple est celui de l'affaire *Cortex Mining c. Kenya*, dans laquelle le Kenya avait réussi à faire valoir que l'investisseur n'avait pas respecté les exigences en matière environnementales pour soulever un manque de compétence. Dans l'affaire *Chevron c. Équateur*, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de l'Équateur pour défaut de qualité à agir. De même, dans l'affaire *Tethyan Copper c. Pakistan*, les dommages environnementaux faisaient partie d'une demande reconventionnelle, mais elle a été rejetée pour défaut de qualité à agir en raison d'une asymétrie d'attribution pour les demandes non fondées sur un traité en vertu du droit national. Elle a souligné que les traités d'investissement sont intrinsèquement unilatéraux. Pourtant, les tribunaux ont tendance à en tenir compte lorsqu'ils examinent les demandes reconventionnelles en accordant des dommages-intérêts. Par exemple, les sentences rendues dans les affaires *Burlington & Perenco* concernaient des demandes reconventionnelles en matière d'environnement, l'Équateur ayant réussi à soulever des demandes reconventionnelles en matière d'environnement sur la base d'accords d'investissement.

M. William Kirtley a ensuite expliqué la procédure à suivre en cas de litige. Les litiges miniers surviennent souvent avant même que l'exploitation minière ne commence, c'est-à-dire au stade de l'obtention d'un permis. Parfois, le projet est déposé mais les protestations des communautés locales bloquent le projet en cours. Un exemple de sentence arbitrale contre l'Équateur montre que le tribunal arbitral peut considérer que l'investisseur est partiellement responsable de sa perte. Pourtant, l'arbitrage est possible lors d'un projet en cours, à condition que les investisseurs parviennent à ne pas se laisser envahir par leurs émotions. Enfin, les statistiques démontrent une tendance à l'extension de l'obligation ESG dans les traités d'investissement de nouvelle génération.

Mme. Funke Adekoya a noté qu'en Afrique, les calendriers des litiges miniers sont altérés en raison du changement climatique, ce qui crée des litiges qui seront de plus en plus répandus à l'avenir. Elle a également reconnu que les traités d'investissement étaient initialement unilatéraux. Toutefois, un nouveau modèle de TBI africain a été introduit. En outre, le protocole d'investissement fournit des orientations pour les investissements africains dans les domaines de l'environnement, du social et du travail, car il rétablit l'inégalité inhérente aux traités d'investissement.

En ce qui concerne les clauses de stabilisation, M. Kirtley a rappelé que l'on pouvait les soumettre au droit national de notre choix. Les clauses de stabilisation portent généralement sur le régime fiscal. Les clauses de gel fixent la loi pour un certain temps. Les clauses d'équilibre donnent le droit de renégocier en cas de modification de l'équilibre. Relativement peu de litiges portent sur des questions environnementales, principalement sur la fiscalité ou le champ d'application de la clause. Il a laissé entendre qu'il y aurait davantage de litiges sur les clauses de stabilisation à l'avenir.

En ce qui concerne les allégations de corruption, Mme Adekoya a rappelé que la question de la corruption peut être soulevée en tant que question préliminaire ou en tant que défense sur le fond.

À titre d'exemple de question préliminaire, elle a cité l'affaire *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, dans laquelle le tribunal du CIRDI a rejeté la demande au niveau juridictionnel pour cause de corruption, les investissements ayant été obtenus par ce biais. Comme exemple de défense sur le fond, elle a cité l'affaire *BSGR c. Guinée*, dans laquelle le défendeur a allégué quatre cas de corruption. En ce qui concerne la norme de preuve, Mme Adekoya a expliqué que la question n'est toujours pas réglée, bien qu'elle ait été abordée à plusieurs reprises par les tribunaux en tant que question de politique publique internationale. S'agit-il d'une norme de droit civil - un équilibre des probabilités, ou d'une norme de droit pénal - au-delà du doute raisonnable ? Il s'agit d'une norme mixte, en cas de signaux d'alerte à la corruption, la charge de la preuve passe de l'État à l'investisseur qui doit réfuter l'allégation.

En ce qui concerne les facteurs spécifiques qui déterminent l'évaluation des dommages, M. Kirtley a expliqué qu'il était plus difficile de calculer les propriétés géologiques et physiques des mines que celles du pétrole et du gaz. Pour les projets miniers à un stade précoce, cela peut avoir un certain impact en limitant les dommages aux coûts seuls. La phase opérationnelle du projet au contraire, permet l'utilisation d'une approche basée sur les revenus. M. Kirtley a fait remarquer qu'il y a 20 ans, l'ESG n'était pas du tout pertinent pour l'évaluation du quantum. Même en 2015, dans l'affaire *Quiborax c. Bolivie*, lorsque la concession a été retirée pour des raisons environnementales, le tribunal a utilisé la

méthode des flux de trésorerie actualisés pour accorder une compensation à un investisseur étranger sans diminuer les dommages. En 2016, en revanche, dans l'affaire Copper Mesa Mining Corporation c. République de l'Équateur, le tribunal a évalué la contribution de l'investisseur aux dommages. Dans l'affaire Bear Creek Mining Corp c. République du Pérou, le tribunal a estimé qu'il y avait peu de chances que le projet obtienne la licence sociale nécessaire et a accordé les coûts irrécupérables à titre de dommages-intérêts.

« UNE DÉCENNIE D'ARBITRAGES RELATIFS AU PRINTEMPS ARABE : RÉCLAMATIONS, DÉFENSES ET PROBLÉMATIQUES D'EXÉCUTION »

Par Rola Makke et Marc Bassil

White & Case a organisé une conférence traitant de la situation après « Une décennie d'arbitrages du printemps arabe : réclamations, défenses et problématiques d'exécution ». Le Panel était animé par Noor Davies (associée chez White & Case) et composé de Laurie Ahtouk-Spivak (associée chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton), Bassam Mirza (associé fondateur chez Pellerin Kecsmar Mirza), Najib Hage-Chahine (Managing Partner chez Hage-Chahine Law Firm) et Rami Chahine (associé chez Meltem Avocats).

Samy Markbaoui (associé chez White & Case) a donné le ton à la discussion en citant les statistiques du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (« CIRDI ») démontrant que le nombre d'affaires contre les États arabes a augmenté entre 2011 et 2021. L'équipe Parisienne de White & Case a traité plusieurs affaires de la région dont les problématiques clés tournaient autour de la force majeure, des circonstances imprévues, de l'imprévision, de la corruption, de la portée de la norme de la sécurité pleine et entière (« SPE »), de la révision des sentences pour fraude, de l'extension des accords d'arbitrage conclus par les États et des sanctions de l'Union Européenne et des États-Unis.

Maitre Davies a ensuite présenté les différents intervenants. Maître Ahtouk-Spivak a été interrogée sur le paysage actuel des traités d'investissement dans la région et sur les accords régionaux relatifs à la protection des investissements. Maître Ahtouk-Spivak a résumé l'état des traités dans la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord (« MENA ») en un mot : dense. Il s'agit d'un réseau d'environ 640 traités bilatéraux d'investissement (« TBI ») en vigueur. La plupart de ces traités ont été conclus avec des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »). La plupart des TBI sont extra-MENA et d'ancienne génération avec des clauses standards de traitement juste et équitable (« TJE ») et de SPE. Quelques pays ont conclu des accords de libre-échange avec les États-Unis. Les investissements intra-MENA sont moins couverts : les TBI intra-MENA ne représentent que 15 % et sont relativement récents. Pour combler le vide, les investisseurs reviennent aux accords régionaux pour la protection des investissements. L'Organisation de Coopération Islamique (« OCI ») et l'Accord d'Investissement Arabe faisant partie de la Ligue Arabe sont régulièrement utilisés. Ce sont des options de repli parce qu'elles ont tendance à avoir des exigences juridictionnelles plus strictes, des protections de fond plus rigoureuses et ont été critiquées en ce qui concerne leur mécanisme de règlement des différends.

Interrogé sur le type de revendications qui ont émergé après le printemps arabe, Maître Chahine a souligné que les troubles politiques entraînent généralement des conséquences négatives sur les investissements étrangers, donnant ainsi lieu par la suite à des procédures arbitrales d'investissement. Quatre scénarios factuels typiques peuvent donner lieu à de telles réclamations: (i) lorsque l'investissement étranger subit des dommages physiques ; (ii) lorsque le gouvernement adopte des mesures générales ou spécifiques en réaction aux troubles civils, dans le but affiché de sauvegarder la stabilité du pays, mais qui impactent négativement un investissement étranger ; (iii) lorsqu'un nouveau gouvernement adopte des mesures spécifiquement dirigées contre un investissement ou un investisseur étranger avec l'intention claire de déconstruire les actions prétendument illégitimes du gouvernement précédent, et enfin ; (iv) les situations dans lesquelles un investisseur étranger se trouve encouragé par le changement politique à se plaindre de mauvais traitements infligés par le précédent gouvernement. Maître Chahine a noté que, même si la politique n'est pas le sujet du présent débat, ces affaires sont toutes plus ou moins politiques. Au commencement, les soulèvements du printemps arabe étaient perçus positivement par de nombreuses personnes, y compris par la communauté arbitrale internationale, en ce qu'ils aspirent à plus de liberté et de démocratie. Cette circonstance doit être prise en compte au moment d'initier une procédure contre un Etat qui vient de connaître un tel soulèvement, notamment dans les deux premiers scénarios factuels. Dans ces cas, il convient de veiller à ne pas attaquer la légitimité du soulèvement populaire et de se concentrer plutôt sur les conséquences de celui-ci sur l'investissement et/ou sur l'adéquation de la réponse apportée par l'État d'accueil. Autrement, l'investisseur étranger prend le risque d'être accusé de prendre parti pour l'ancien régime, ou,

selon sa nationalité, de participer à l'ingérence de « puissances étrangères ». Cela pourrait avoir des conséquences négatives sur sa réputation, la sécurité de son personnel toujours présent dans l'Etat d'accueil, ainsi que sur les perspectives de règlement amiable du litige.

Maître Chahine a ensuite évoqué certaines affaires impliquant ces différents scénarios factuels, les standards de protection impliqués, et la manière dont elles ont été finalement tranchées par les tribunaux arbitraux.

Sur la question des défenses de corruption, par lesquelles un Etat d'accueil invoque des actes de corruption prétendument commis par l'investisseur lors de l'acquisition de son investissement, Maître Chahine a observé que les tribunaux arbitraux ont tendance, pour de nombreuses raisons, à approcher ces défenses avec une certaine prudence. A sa connaissance, aucune sentence arbitrale publiée et liée au printemps arabe n'a retenu une telle défense de corruption soulevée par l'Etat d'accueil. Elles ont été rejetées dans deux affaires contre l'Égypte. Cependant, plusieurs affaires liées aux printemps arabes dans lesquelles des défenses de corruption avaient été soulevées ont fait l'objet de transactions. Les possibilités de transaction sont souvent liées à l'évolution du paysage politique local, dont l'histoire nous a appris qu'elle pouvait être relativement mouvementée.

La question suivante concernait les accusations de corruption formées par des États, dont l'État Libyen, en lien avec des règlements amiables et des sentences d'accord parties. Maître Mirza a basé sa réponse autour de trois affaires impliquant l'État Libyen. Il ressort de ces trois affaires un même constat, ni le règlement amiable, ni la sentence d'accord parties n'ont permis de résoudre le litige en question. Au contraire, ces derniers ont aggravé les désaccords existants entre les parties. A titre d'exemple, dans l'affaire *Sorelec c. Libye*, aux termes d'une transaction amiable signée par les parties, l'État Libyen s'est engagé à payer à Sorelec 230 millions d'euros, et si le paiement n'était pas effectué dans les 45 jours la somme était portée à 452 millions d'euros. L'État Libyen soutient que cet accord a été conclu par le mauvais gouvernement, le gouvernement de Tobrouk au lieu du gouvernement de Tripoli. Le tribunal arbitral a considéré qu'en vertu de la théorie de l'apparence, la société Sorelec pouvait légitimement croire en la qualité de son cocontractant indépendamment de la question de savoir quel est le gouvernement légitime. L'accord ayant été validé, le tribunal arbitral a rendu une sentence partielle condamnant l'État Libyen à payer à Sorelec 230 millions d'euros puis une sentence finale condamnant l'Etat Libyen à payer 452 millions d'euros. L'Etat Libyen a formé un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre de la sentence partielle et de la sentence finale en prétendant que la transaction amiable était teintée de corruption. La Cour d'appel de Paris, en s'appuyant sur la méthode des faisceaux d'indices, a annulé la sentence partielle et la sentence finale malgré le fait que l'argument de corruption n'avait pas été soulevé devant le tribunal arbitral.

Le Prof. Najib Hage-Chahine Chahine a évoqué les autres difficultés relatives à l'exécution des sentences arbitrales.

En ce qui concerne, l'exequatur des sentences arbitrales, le Prof. Hage-Chahine a relevé l'émergence de deux tendances.

Premièrement, il note que les États Arabes soutiennent que l'ordonnance d'exequatur n'aurait pas été signifiée et que le délai pour exercer une voie de recours contre cette ordonnance n'aurait pas commencé à courir en dépit de la réception de la signification par le Ministère des Affaires étrangères de cet État. Dans cette perspective, les États étrangers tentent de renverser la charge de la preuve en imposant aux créanciers une *probatio diabolica*.

Deuxièmement, il observe que des entités étatiques qui n'étaient pas partie à l'arbitrage forment une tierce opposition contre l'ordonnance d'exequatur en soutenant qu'elle leur cause préjudice.

En ce qui concerne les procédures civiles d'exécution sur les biens des États, le Prof. Hage-Chahine a constaté que les créanciers sont confrontés à deux séries de difficultés.

La première résulte de la tendance des États à transférer des biens publics à des personnes de droit privé soumises à leur contrôle. Dans ce cas, les créanciers tenteront de percer le voile social en démontrant l'absence d'indépendance organique par rapport à l'État étranger de l'entité privée et la confusion de son patrimoine avec celui de cet État.

La seconde résulte de l'existence d'une immunité d'exécution sur les biens saisis. Le Prof. Hage-Chahine a relevé une évolution du droit positif qui tend, à la fois, à renforcer l'immunité d'exécution sur les biens diplomatiques et à lever l'immunité d'exécution sur les biens non-diplomatiques.

Enfin, s'est posée la question de l'exécution forcée à l'encontre d'actifs soumis à des mesures de gel internationales. Une décision récente de la Cour de Justice de L'union Européenne de justice (« CJUE ») a soumis les saisies pratiquées sur des actifs iraniens gelés à l'obtention d'une autorisation administrative délivrée par l'autorité administrative compétente. A ce titre, la Cour de cassation française, faisant application de la décision de la CJUE à des saisies-attribution pratiquées 10 ans avant qu'elle ne soit rendue, concernant une affaire impliquant des actifs gelés de l'État libyen, a déclaré que l'absence d'autorisation rendait les saisies nulles.



MERCREDI

« ARBITRER LES LITIGES RELATIFS AUX ÉNERGIES RENOUVELABLES, AVEC UN ACCENT SPÉCIAL SUR LA RÉGION DES PECO »

Par Elena Andary et Tréphine Le Flohic

Le mercredi 29 mars 2023, le cabinet Jeantet a organisé une conférence autour de l'arbitrage des litiges relatifs aux énergies renouvelables avec un focus sur la région CEE. Le panel était modéré par le Dr. Ioana Knoll-Tudor (Partner, Jeantet) et comprenait le Prof. Dr. Maxi Scherer (Professeur en Arbitrage International à la Queen Mary University à Londres, et Special Counsel chez Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP), Luminita Popa (Managing Partner, Suci Popa; Membre de la Cour ICC), Edoardo Marcenaro (Head de LCA, Enel Grids srl), Caroline Falconer (Secrétaire Général, SCC Arbitration Institute), et Jurriaan Kien (Directeur Juridique Nouvelles Energies & Services, SBM Offshore).

La conférence était structurée comme suit : une introduction sur l'environnement et l'état actuel de ce secteur technique, une présentation de la région d'Europe de l'Est, le rôle et l'approche de l'arbitrage d'investissement, les perspectives contractuelles pour les litiges relatifs aux énergies renouvelables, le positionnement d'autres méthodes alternatives de règlement des litiges, les spécificités procédurales propres aux litiges relatifs aux énergies renouvelables et, enfin, la quantification des dommages.

M. Marcenaro a commencé par présenter le besoin d'un réseau flexible, notant que les centrales électriques massives n'étaient plus construites et utilisées dans l'industrie. En effet, il a souligné la nécessité que, malgré le fait que tout le monde soit concentré sur l'exploitation des énergies renouvelables, il faut s'attacher à trouver des canaux de distribution.

Maître Popa a ensuite présenté une vision positive de la région CEE et de son positionnement dans le domaine de l'énergie renouvelable. Par exemple, la Roumanie devrait atteindre 32% d'énergie renouvelable en 2030, contre 13% en 2022, un plan très ambitieux sur une période de 8 ans. Elle a souligné l'importance de la progression dans la législation et du plus gros projet de panneaux photovoltaïques actuellement construit en Europe qui se trouve en Roumanie.

Le secteur des énergies renouvelables fait également face à une problématique de « réseau ». Comment peut-on implanter les énergies renouvelables ? Le premier stade est le processus d'obtention des permis. Maître Popa a souligné la relation contradictoire d'amour et de haine entre les gouvernements et les énergies renouvelables. Malgré des efforts évidents à travers la région, il reste très difficile de réguler et de faire face aux litiges actuellement.

Le Prof. Dr. Scherer s'est concentré sur le Traité sur la Charte de l'Energie (ECT) comptant 53 pays signataires. Ce traité prévoit plusieurs mécanismes de protection des investissements mais ne permet pas de répondre à un certain nombre de questions qui demeurent. Malgré les efforts déployés pour réformer le traité, de nombreux États ont menacé de le quitter, ce que certains ont fait. Cependant, ce traité contient une « sunset clause ». Cette clause prévoit que tout investissement établi avant le retrait du traité sont protégés pendant une période de 20 ans à compter du retrait d'un État partie.

Elle a souligné certaines questions qui doivent être examinées par les tribunaux d'investissement concernant les réclamations relatives aux énergies renouvelables : Est-ce qu'il faut une assurance spécifique par l'État ? À quel moment l'investissement a-t-il été fait ? Quel est l'effet des changements lorsque l'État se retire du traité ?

Mme. Falconer a expliqué que durant les 4-5 dernières années, les cas présentés devant la SCC concernent à 50% des cas internationaux et 90% sont relatifs à des litiges d'envergure. La SCC est impliquée dans un nombre croissant d'arbitrage d'investissement basés sur le traité « ECT ». Elle a noté que les règles SCC de l'arbitrage commercial

s'appliquent globalement aux arbitrages d'investissement sauf pour l'utilisation d'une annexe spécifique pour l'investissement d'arbitrage.

M. Kien a ensuite abordé la question de la négociation des contrats, en mettant l'accent sur l'énergie éolienne en mer. Les problématiques rencontrées dans ce secteur sont complexes en raison à la fois au nombre important de parties prenantes et de contrats qui varient des contrats de construction traditionnels pour tenir compte du caractère offshore des projets. Les parties doivent prendre conscience que le principe back-to-back de responsabilités n'existe jamais réellement. Enfin, les chaînes d'approvisionnement impliquent des parties qui viennent du monde entier, de ce fait le succès d'un projet dépend de multiples facteurs incluant la situation interne à chaque pays.

La question qui se pose aujourd'hui est donc de connaître l'objet du litige. M. Marcenaro a abordé le sujet de la digitalisation de l'industrie qui impacte non seulement les technologies et compétences mises en œuvre mais également le type de litiges auxquels est confronté l'industrie. En effet, un temps conséquent est consacré aux problématiques de propriété intellectuelle.

Le point suivant a porté sur la question de savoir si l'arbitrage est la méthode de résolution des litiges la plus appropriée pour résoudre les conflits liés aux énergies renouvelables ainsi que les principaux problèmes rencontrés dans ces conflits. Selon M. Marcenaro, pour certains types de contrats, la méthode la plus adaptée n'est pas nécessairement l'arbitrage. Les parties devraient considérer des procédures de négociation et d'autres méthodes alternatives de résolution des litiges comme les comités de résolution des litiges.

M. Kien s'est intéressé aux différents sujets qui reviennent dans le cadre de ces litiges en insistant sur les problématiques de retards, surcoûts, design, garantie, interface entre les parties et conditions imprévisibles. Selon ses termes, les parties devraient renégocier dès lors que la renégociation change le prisme de résolution des différends en permettant aux parties d'interagir dans le but de poursuivre et finaliser le projet main dans la main.

Mme. Falconer a alors suggéré une autre méthode introduite par la SCC : la SCC « Express Dispute Assessment ». Cette méthode a été introduite pour permettre aux parties de soumettre leur litige à un expert légal neutre et indépendant selon un coût prédéterminé aux fins d'obtenir une opinion sur le fond de l'affaire dans un délai de trois semaines qui peut être exécutoire. Cependant, les parties sont également libres de décider que la décision rendue ne sera pas contraignante et donc n'aura pas de force exécutoire. Cette nouvelle procédure a été introduite il y a un an et demi pour faire face aux parties qui souhaitent maintenir de bonnes relations et ne souhaitent pas se lancer dans des procédures arbitrales ou judiciaires.

M. Marcenaro a partagé son expérience sur les méthodes permettant d'éviter les conflits. Il a mentionné que, de nos jours, les litiges sont principalement techniques avec un focus sur le rôle que jouent les experts. Pour M. Kien, les comités de résolution des litiges peuvent être utilisés comme un moyen d'éviter de recourir aux procédures arbitrales.

Le sujet suivant abordé concernait les spécificités des litiges relatifs aux énergies renouvelables. Mme Popa a expliqué que la complexité du secteur nécessitait une multiplicité de contrats, ce qui causait de nombreux problèmes extrêmement difficiles à résoudre et impliquait de nombreux acteurs ayant leurs propres intérêts. Puis, elle s'est référée à un rapport de Queen Mary University et de Pinsent Masons mettant l'accent sur les Comité de Règlement des Différends (CRD) et les alternatives à l'arbitrage pour la résolution des différends. Néanmoins, elle a souligné que les clauses d'escalade peuvent parfois se retourner contre les parties, causant in fine un arbitrage encore plus contraignant. Le processus doit être réfléchi au cas par cas, et non pas en considérant qu'une solution unique peut s'appliquer à tous. D'autres aspects à prendre en considération sont le nombre d'acteurs et de contrats qui ne sont pas alignés les uns avec les autres, ce qui peut conduire à des procédures parallèles, et le fait que ces projets requièrent des autorisations ou permis délivrés par les autorités publiques, qui ne sont pas toujours des sujets arbitrables. Les parties devraient consacrer plus de temps en amont à la rédaction des contrats, les aligner les uns avec les autres, et enfin éviter ou prévenir des procédures potentiellement trop contraignantes de résolution des différends.

Le dernier commentaire de Mme Popa a adressé le caractère mondial des projets d'énergie renouvelable, ce qui peut entraver la collection des données et de la documentation nécessaire pour supporter les réclamations des parties.

Enfin, elle a constaté une augmentation, au fil du temps, des différends liés aux énergies renouvelables. La phase à l'origine de ces litiges est souvent celle de la construction, la connexion au réseau et la distribution d'électricité.

Le dernier point abordé par le Prof. Dr. Maxi Scherer concernait la valorisation des dommages. Son étude devait répondre à deux critiques concernant les sentences arbitrales. Le premier présupposé étant que les arbitres ont tendance à couper la poire en deux, et le second étant que l'arbitre ne fournit généralement pas un raisonnement suffisant concernant la valorisation. En ce qui concerne le premier présupposé, l'étude a montré que dans deux tiers des cas étudiés, les arbitres ne « coupaient pas la poire en deux », mais accordent plutôt soit tout, ne soit rien. Concernant le second présupposé, sur 221 sentences arbitrales analysées, 25% s'attachaient à la valorisation. Il n'y a aucune indication quant à une évolution potentielle de ces pratiques dans le temps. En ce qui concerne l'utilisation de rapport d'expert conjoint, il a été démontré que le volume consacré au raisonnement quantum était légèrement supérieur. Le même constat peut être dressé dans le cas d'experts nommés par les tribunaux.

« REMARQUES À PROPOS DE LA COUR D'ARBITRAGE DE LA HAYE POUR L'AVIATION »

Par Susanna Shepherd et Rose Le Cornec

Le mercredi 29 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, Jones Day a accueilli un séminaire sur la Cour d'arbitrage de La Haye pour l'aviation (« CAA de La Haye »). M. Gary Birnberg (président du comité consultatif de la CAA de La Haye / arbitre / médiateur, et arbitre) et Johannes Willheim (associé de Jones Day et Arbitre devant la CAA de La Haye) ont présenté l'événement, qui a réuni divers professionnels de l'aviation et de l'arbitrage.

En guise d'introduction, Maître Birnberg a rapidement présenté la CAA de La Haye. Le projet a été lancé en juillet 2022 par Maître Jebely et Maître Birnberg aux côtés de l'Institut Néerlandais pour l'Arbitrage et de contributeurs individuels, et a pour objectif de créer un centre de médiation et d'arbitrage spécialisé dans l'industrie aéronautique. Il s'agit d'une institution créée pour et avec des professionnels de l'industrie. L'objectif de ce séminaire est de sensibiliser les participants au fonctionnement de la CAA de La Haye et de recueillir leurs avis afin d'améliorer l'efficacité de l'institution.

La parole a ensuite été donnée au Dr. Willheim, qui a expliqué l'importance de l'existence d'une institution spécialisée dans les litiges aériens. Les institutions d'arbitrage se font concurrence sur le prix, la segmentation géographique et la qualité de leurs services. Leur prestige et succès réside dans l'efficacité de leurs services et de leurs règles. Les institutions se copient mais les marchés de niche, comme l'aviation, requièrent une expertise très spécialisée. Dr. Willheim a mentionné à titre d'exemple une autre institution d'arbitrage spécialisée dans l'aviation, la Shanghai International Court for Aviation Court of Arbitration ("SIACA"). Selon lui, cette institution n'existe qu'en théorie car elle est organisée par l'Association internationale du transport aérien ("IATA"). Les règles de de la SIACA sont davantage utiles pour la résolution de ses différends internes, que pour les différends externes avec, par exemple, les constructeurs aéronautiques ou les fournisseurs de pièces détachées. L'institution n'attire donc pas les parties externes à l'IATA.

Dr. Willheim a poursuivi en expliquant qu'il existe un besoin de tribunaux arbitraux spécialisés car certaines industries sont si complexes qu'il est difficile pour une institution arbitrale généraliste de traiter ce type de litiges très spécialisés. Il a ensuite mentionné les deux facteurs qui, selon lui, justifient la création d'une institution spécialisée. D'abord, l'existence d'un secteur d'activité susceptible de donner lieu à des litiges. Ensuite, une industrie spéciale, c'est-à-dire très technique et très réglementée ou possédant des usages spéciaux connus uniquement par les acteurs du domaine. L'industrie aéronautique remplit ces conditions : les litiges foisonnent, l'innovation également, chaque composante d'un avion est hautement réglementée et le commerce est international. Pour résoudre ces litiges, il est nécessaire de bien comprendre la réglementation, la technicité et le fonctionnement des aéronefs. La CAA de La Haye s'efforce de répondre aux besoins de l'industrie en élaborant des règles sur mesure, compréhensives de ce qui est requis dans la gestion de ce type de litiges et de disposer d'un personnel neutre et capable de saisir les enjeux du domaine sans formation. Plus important encore, la création d'un pôle de connaissances, d'expertise et de jurisprudence sur des questions spécifiques permet au Dr. Willheim d'affirmer que cette institution sera une réussite.

Maître Birnberg a ensuite présenté les cinq thèmes sur lesquels les participants vont débattre.

Le premier thème était : Qu'attend-on d'une institution spécialisée, telle qu'une institution arbitrale pour l'aviation ?

Selon les participants, les arbitres et le personnel doivent avoir des connaissances spécifiques à l'industrie ainsi qu'une expertise juridique et technique dans la matière. Ce type de personne est rare, ainsi l'institution peut fournir des sessions de formation. Une autre chose attendue est une communication fluide entre l'institution et les représentants des parties, afin que l'utilisateur se sente écouté. Enfin, l'utilisateur s'attend à ce que la sentence soit exécutoire.

Le deuxième sujet était : Qu'est-ce qui distingue les institutions spécialisées qui ont réussi de celles qui ont échoué ?

Différentes institutions spécialisées ont été identifiées : London Maritime Arbitrators Association ("LMAA"), la Cour d'Arbitrage pour les Arts ("CAfA"), l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ("OHADA"), la Cour d'arbitrage innovante ("coia"), Independent Film & Television Alliance ("IFTA Arbitration"), International Online Dispute Resolution Centre Limited ("eBRAM"), Russian Arbitration Centre qui dispose d'une division pour les litiges nucléaires et le Tribunal Arbitral du Sport ("TAS").

Pour les participants, la réussite d'une institution spécialisée réside dans son marketing : il faut introduire des clauses d'arbitrage la désignant, ce qui prend du temps. L'institution peut disposer d'une liste d'arbitres mais c'est une question qui peut s'avérer délicate car il s'agit de présenter des spécialistes et démontrer leurs connaissances tout en évitant les conflits d'intérêts et les scandales.

Le troisième sujet était: Quels outils de gestion des dossiers doivent être considérés comme essentiels dans les procédures accélérées ?

L'ensemble des participants ont convenu qu'il est essentiel que l'administrateur de l'institution contrôle le processus afin d'assurer une gestion solide des dossiers. Les parties et les arbitres doivent être incités à respecter les délais et à une célérité globale, par exemple au moyen d'une rémunération plus importante pour les arbitres et du paiement de frais de retard pour les parties. Les informations doivent être communiquées avant la première réunion afin que les parties rédigent en connaissance de cause leur PO1 et que leurs mémoires soient plus brefs. Enfin, certains participants ont mentionné la suppression des plaidoiries orales au profit de témoignages.

Le quatrième thème portait sur : L'intérêt pour le tribunal d'être assisté par un expert qui n'a pas été officiellement désigné en tant que tel ?

Les participants ont conclu qu'il était préférable d'avoir des experts désignés par les parties plutôt que par le tribunal. L'idée a été émise de rendre obligatoire la présence d'un expert au sein du tribunal arbitral. Ils ont conclu qu'il était nécessaire de déterminer quel type d'expert est adapté à quel type de litige. Ainsi, des critères de sélection transparents doivent être disponibles. Enfin, les experts doivent être approuvés par les professionnels du secteur.

Le cinquième sujet était : Quelle est l'utilité d'avoir des "experts amicaux", des experts dans des situations autres que l'arbitrage (un éventail plus large de règlement des litiges, comme la médiation) ?

L'expertise amiable a été évoquée et renvoie à l'idée que les parties désignent elles-mêmes les experts, en paient conjointement le coût, rédigent la mission de l'expert en quatre ou cinq points clairs et lui demandent de produire un rapport confidentiel à l'issue d'un processus contradictoire. La conclusion des participants est que le recours à des "experts amicaux" pourrait être un processus intéressant. Il existe beaucoup de problèmes techniques dans le domaine de l'aviation, ainsi certains pensent qu'une solution uniquement technique est requise pour résoudre les litiges. Finalement, selon les participants, un panel d'experts formés aux procédures spéciales est nécessaire bien que cela ne soit pas facile à trouver.

« PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE : THÈMES AVANCÉS SUR LE MANQUE À GAGNER ET LA PERTE DE VALEUR COMMERCIALE »

Par Elena Andary

Le mercredi 29 mars 2023, dans le cadre de la Paris Arbitration Week 2023, NERA Economic Consulting a organisé un séminaire intitulé "Economic Harm: Advanced Topics for Lost Profit and Lost Business Value". Le panel a échangé sur les sujets d'actualité autour de l'évaluation des dommages et des problématiques procédurales sur les méthodes de travail avec les experts. Le séminaire s'étant déroulé conformément à la règle de Chatham House, nous ne révélerons pas l'identité des intervenants.

La discussion a débuté sur la définition des dommages. Le panel a commencé par préciser qu'il s'agissait probablement de la seule chose sur laquelle les experts pouvaient s'entendre. En effet, le désaccord ne porte pas sur la nature des dommages, mais plutôt sur la manière de les mesurer. De manière générale, deux cadres existent : la perte de profit (Loss-Profit - LP) et la perte de valeur de l'entreprise (Loss of Enterprise Value - LEV). Les intervenants ont expliqué que, d'un point de vue juridique, les deux modèles sont alternatifs et ne s'excluent pas mutuellement. Ils ont abordé les deux questions qui se posent. Premièrement, quels dommages la loi vous permet-elle de requérir ? Les LP sont généralement réclamés dans les arbitrages commerciaux et la LEV dans les arbitrages d'investissement. Dans les deux cas, nous recherchons une prévision et non une restitution. Deuxièmement - et c'est une question clé -, sur quelle période factuelle les dommages-intérêts sont-ils calculés ? Une fois de plus, une distinction est faite entre le modèle LP, qui est basé sur une période limitée (utilisé principalement pour les contrats), et le modèle LEV, qui est basé sur une période indéfinie (utilisé par exemple pour les accords de groupement).

Ensuite, le panel a soulevé la question d'une approche ex post et ex ante et de quelle approche est la plus appropriée, selon différents facteurs comme le partage des risques entre les parties. Les intervenants ont fait valoir que la causalité est laissée de côté dans certains rapports d'experts. Avant de déterminer le chiffre, l'information doit être comprise d'un point de vue légal et économique, puis être testée face aux preuves factuelles pour établir le lien de causalité.

Le panel a ensuite souligné que l'objectif des dommages-intérêts est de compenser ce qui a été réellement perdu et de ramener le demandeur dans la situation dans laquelle il se trouverait si le dommage n'était pas survenu. Il est important que les arbitres et juges fassent preuve de bon sens. Ils ont illustré leur argument par une affaire dans laquelle le défendeur était supposément responsable de l'impact de la crise Covid sur les finances du demandeur.

Le panel a été interrogé sur la manière les résultats sont interprétés. L'un des intervenants a présenté le test de validité de l'externalité (externality validity testing) comme extrêmement utile, car il donne un sens au calcul. Là encore, un rapport de causalité doit être établi. Un autre orateur a souligné l'importance du bon sens. Cela soulève la question suivante : qui devrait supporter le risque en cas de manque de preuves et que se passerait-il ? Les arbitres examinent deux choses : d'une part, ils attendent des parties qu'elles précisent l'objet de l'intérêt réclamé. D'autre part, ils s'intéressent à l'implication des experts. L'ensemble du panel a convenu que les arbitres ne devraient pas avoir à faire les calculs eux-mêmes et que les experts devaient être davantage mobilisés. Le panel a aussi remarqué que l'une des questions très peu abordées dans les arbitrages est celle du taux d'intérêt pré-jugement approprié.

La discussion s'est penchée sur les avantages et inconvénients de la bifurcation des dommages-intérêts. Le panel a exprimé la volonté des plaignants d'aller vite et donc de ne pas faire de bifurcation. Les tribunaux ne sont généralement pas prêts à réfléchir aux dommages et intérêts. Les intervenants ont ajouté qu'ils avaient vu des cas où les demandeurs voulaient bifurquer et ont conclu que cela dépendait vraiment des spécificités de chaque dossier. En tout état de cause, il semble que la bifurcation - du point de vue de l'efficacité et de l'équité - fasse sens.

Il est important de maximiser l'efficacité car les arbitrages sont longs. Par conséquent, les tribunaux devraient vérifier si le recours à un expert est nécessaire. Si cela est le cas, les parties devraient impliquer l'expert le plus tôt possible et

essayer de travailler main dans la main avec lui. La communication est essentielle. Les avocats ont tendance à limiter l'interaction et à sous-estimer l'impact que peut avoir un expert. Le panel a souligné l'importance de laisser les experts faire leur travail et de travailler avec eux pour vraiment comprendre la signification du rapport émis. Il a été ajouté qu'il est important de s'assurer que les experts se parlent également entre eux. Certains ont remis en question le processus consistant à "bachoter" toute la procédure en une à deux semaines jusqu'à ce que la dernière équipe en lice l'emporte. Avoir l'audience de l'expert à distance pourrait être une meilleure option. Les tribunaux - le plus souvent composés d'avocats et donc non-doués pour les chiffres - doivent reconnaître le rôle des experts. Nous ne pouvons plus passer notre temps à parler uniquement de droit !

Le panel a également souligné les avantages d'une meilleure production documentaire en les partageant avant l'audience afin d'entamer directement l'arbitrage avec les bons outils. La manière dont nous évaluons les dommages a changé. En effet, ils ont parlé des outils économiques qui ont été utilisés pendant des décennies dont l'abondance d'écrits et des progrès faits sur le sujet aujourd'hui. En conclusion, les panélistes ont souligné que rendre les choses plus simples juste pour les rendre plus simples ne suffisait pas, un réel travail de réflexion devait être effectué.

« LITIGES LIÉS À L'ÉNERGIE DANS LE SECTEUR DE LA CONSTRUCTION : QU'EST-CE QUI N'A PAS FONCTIONNÉ ? »

Par Marina Konstantinidi et Raphaëlle Marie

Mercredi 29 mars 2023, Fieldfisher et Kroll ont organisé une discussion interactive intitulée : 'Construction energy disputes: what went wrong?'. Les intervenants, venant d'horizons divers, ont donné leur avis sur la manière de gérer au mieux les projets de construction et les litiges qui en découlent, depuis la phase contractuelle jusqu'à la résolution des conflits. Le panel était composé de Marily Paralika (Associée chez Fieldfisher) et Dan Preston (Responsable de la construction chez Fieldfisher), en qualité d'intervenants hôtes. Il était également composé de Mme Françoise Lefevre (Associée chez Françoise Lefevre SRL), Mme Maria Irene Perrucio-Lourie (Responsable des affaires internationales pour l'Europe et les Amériques au sein du groupe WeBuild) et M. Louk Korovesis (Directeur Senior chez Kroll), en qualité d'intervenants invités.

La discussion a commencé par l'évocation de la manière d'approcher un projet de construction depuis le début du projet, en examinant les négociations du contrat et les écueils à éviter.

M. Dan Preston a examiné les clauses contractuelles de réclamation qui sont le plus souvent à l'origine de litiges, en raison de la difficulté pour comprendre les aspects techniques d'un projet. Il a, par exemple, mentionné l'existence des listes de documentations techniques et a attiré l'attention sur les clauses contractuelles, parfois en contradiction avec les parties techniques.

Maître Françoise Lefevre a souligné le manque d'attention portée à la rédaction des clauses de résolution des litiges, qui peuvent souvent être incompatibles à différents niveaux ou trop simples pour un projet multi-contracts. Elle a suggéré comme solution la rédaction de conventions d'arbitrage distinctes auxquelles les parties aux différents projets pourraient se référer. En ce qui concerne la notion de force majeure, Maître Françoise Lefevre a cité la pandémie comme exemple représentatif d'un événement imprévisible.

Au cours de la deuxième partie de la conférence, les intervenants ont abordé des questions spécifiques lors de la phase de suivi d'un projet de construction énergétique.

M. Louk Korovesis a identifié, entre autres, comme points majeurs, la nécessité de prendre en compte et de tenir un registre des délais, du budget et des spécificités du projet, la nécessité d'une bonne coordination des interactions entre les différents acteurs et l'importance de rendre les délais plus réalisables.

Mme Maria Irene Perrucio-Lourie, interrogée sur les principaux facteurs de retard et de surcoût, a indiqué qu'ils étaient les suivants : le risque géologique, le risque financier, le risque politique et l'impact du changement climatique.

Les deux intervenants ont souligné le problème du manque de connaissances juridiques des parties au contrat, ayant pour conséquence un manque d'attention aux clauses du contrat qu'elles doivent exécuter et aux obligations qui leur incombent.

Comme indiqué par les intervenants, les clauses contractuelles ne reflètent pas toujours la réalité des projets de construction énergétique. En effet, il existe de nombreuses différences entre ce qui est prévu par le contrat et ce qui se passe en réalité. Par exemple, certains contrats établissent un planning irréaliste pour répondre aux attentes des employeurs. Pour éviter de telles situations, il a été recommandé d'anticiper tous les imprévus raisonnables qui pourraient survenir au cours d'un projet de construction énergétique. Outre les retards, des coûts supplémentaires sont également fréquents au cours de ces projets. En effet, les projets sont exposés aux imprévus, en particulier dans les environnements complexes et les pays présentant une instabilité politique. Par conséquent, les employeurs doivent être raisonnables, moins stricts, et agir en bonne foi tant lors de la phase de conclusion que pendant l'exécution du contrat.

Des événements inattendus génèrent des litiges. Comme l'a indiqué Mme Marily Paralika, la question principale est de savoir comment résoudre ces litiges de la meilleure manière: par le contentieux, l'arbitrage, la négociation ou la médiation.

Au cours de la discussion, les intervenants ont souligné le caractère risqué et coûteux des litiges. L'objectif est donc de réduire les montants des demandes et les coûts d'arbitrage. Néanmoins, l'arbitrage, en présence de questions de construction énergétique, semble être le meilleur moyen de résoudre un litige, puisque les parties peuvent choisir les arbitres en fonction de leurs antécédents, de leurs connaissances techniques, ainsi que pour des raisons politiques et des préoccupations de confidentialité.

Les négociations constitueraient un autre moyen de résoudre les conflits. Mme Françoise Lefevre ne considère pas qu'il s'agisse d'une perte de temps, même si les parties ne sont généralement pas d'accord. En réalité, elle a conclu en soutenant que si les parties ne sont pas capables de gérer les négociations, elles ne peuvent pas gérer le projet de construction.

En ce qui concerne la médiation, comme l'a observé Maître Françoise Lefevre, il y a souvent une réticence à son utilisation, accompagnée d'une perception totalement erronée de son contenu et de son fonctionnement. En conséquence, les parties n'optent pas pour une approche de conciliation, même si, selon les intervenants, elle serait moins coûteuse et plus efficace. Comme l'a observé Mme Maria Irene Perrucio-Lourie, si la médiation était obligatoire, il serait beaucoup plus facile de faire en sorte que les parties la choisissent comme option. En résumé, il est complexe de résoudre un litige dans le cadre d'un projet de construction énergétique, notamment en raison de la pression du marché. La discussion s'est poursuivie et s'est terminée par des questions posées par les participants sur des sujets tels que la prévention des litiges, l'ESG et la spécificité des projets liés à l'hydrogène.

« UN NOUVEAU PAYSAGE, L'ARBITRAGE DES LITIGES INTERNATIONAUX EN INDE »

Par *Kopal Sharraf*

Le mercredi 29 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, Pinsent Masons a organisé une conférence hybride sur le thème « A New Landscape, arbitrating international disputes in India », qui était le tout premier événement axé sur l'Inde à être organisé dans le cadre de la Paris Arbitration Week. Florian Quintard (Associé chez Pinsent Masons) était l'intervenant principal de l'événement, et les panélistes étaient Charles Marquand (Avocat chez 4 Stone Buildings), Tom Glasgow (directeur général chez Omni Bridgeway), Neeti Sachdeva (secrétaire général du Mumbai Centre for International Arbitration (« MCIA »)), Sudip Mullick (associé chez Khaïtan & Co.), Siddhartha Datta (associé chez Shardul Amarchand Mangaldas & Co.), et Shwetha Bidhuri, (directeur et chef (Asie du Sud) du Centre d'arbitrage international de Singapour (« SIAC »)).

M. Marquand a démarré la discussion en notant que l'Inde avait été largement absente de la Paris Arbitration Week jusqu'à présent, et que cette discussion était rendue nécessaire par les nouveaux développements dans le paysage de l'arbitrage en Inde. Il a présenté trois grands thèmes de discussion pour les intervenants : le paysage des secteurs de l'énergie, de la construction et des matières premières en Inde, le paysage de l'arbitrage en Inde et le paysage juridique général en Inde.

M. Mullick a entamé quant à lui la discussion en présentant un aperçu des secteurs de la construction et de l'énergie en Inde, expliquant que l'Inde a introduit une politique nationale de monétisation qui vise à monétiser des actifs d'une valeur de 80 milliards de dollars au cours des quatre prochaines années, ce qui est très prometteur pour l'activité à venir dans ces secteurs. En outre, les villes « intelligentes » de l'Inde modernisent leurs infrastructures, telles que les corridors nationaux, et les litiges entre entrepreneurs ont contribué à accroître le champ d'application de l'arbitrage. Dans le secteur de l'énergie, il a déclaré que l'Inde est le troisième plus grand consommateur d'énergie au monde et que les développements dans le secteur, tels que les subventions accordées pour les travaux d'énergie renouvelable, contribuent également aux opportunités d'arbitrage.

Maître Datta a parlé de la diversification du secteur des énergies renouvelables, de la modernisation des industries traditionnelles et de l'augmentation des exportations dans le secteur des matières premières, qui sont des développements récents en Inde. Il a souligné que dans le secteur de la construction, les litiges sont davantage liés au temps qu'à la qualité. Il a également évoqué les nombreux projets entrepris par le gouvernement indien, notamment pour la construction d'aéroports, de routes, de métros et de trains à grande vitesse. Interrogé sur la question de savoir si le gouvernement central indien est partie à ces contrats, Maître Datta a précisé que l'Inde suit un système d'appel d'offres et que le gouvernement central est partie à ces contrats par l'intermédiaire de ses agences.

La discussion a ensuite été portée sur l'évolution du paysage de l'arbitrage en Inde. M. Glasgow a apporté son point de vue sur le marché indien dans le cadre de l'étude des possibilités de financement des arbitrages en Inde. Il a évoqué les différentes mesures prises par l'Inde pour devenir une juridiction plus favorable à l'arbitrage, notamment l'ingérence limitée des tribunaux nationaux, l'autonomie accrue des parties, la diversification des nominations arbitrales, le soutien croissant aux arbitrages institutionnels et l'amélioration de l'exécution des sentences nationales. Il a conclu en déclarant que le principal défi pour les utilisateurs internationaux est la durée des arbitrages et les retards au stade de l'exécution, qui, d'après son expérience, peut durer de 3 à 6 ans.

Mme Sachdeva a appuyé son point de vue et a expliqué que la rapidité de la procédure d'arbitrage s'était également améliorée grâce à la mise en œuvre d'un délai de 18 mois, et que l'Inde était l'un des seuls pays à avoir codifié les lignes directrices de l'IBA dans sa réglementation. Elle a souligné que les délais entre le moment où la sentence est rendue et celui où elle est exécutée varient également selon qu'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, et selon qu'il s'agit d'un arbitrage national ou étranger. Mme Sachdeva a également souligné que lors de la rédaction des clauses d'arbitrage

utilisées dans les contrats commerciaux, les parties devraient veiller non seulement à choisir l'Inde comme siège, mais aussi à spécifier une ville, de préférence une ville dotée de tribunaux compétents en matière commerciale, comme siège de l'arbitrage (i.e. Delhi ou Mumbai).

Mme Bidhuri a apporté son point de vue concernant la facilité d'exécution des sentences arbitrales institutionnelles en Inde. Elle a souligné qu'aucune sentence émanant de la SIAC n'avait été annulée ou refusée par les tribunaux indiens pendant la période 2011-2021, ce qui confirme l'opinion des intervenants selon laquelle les tribunaux indiens reconnaissent les sentences soutenues par les institutions et hésitent à interférer avec de telles sentences. Les intervenants ont ensuite discuté de l'évolution progressive vers l'utilisation de l'arbitrage institutionnel en Inde, notant que certains gouvernements d'État indiens ont désormais rendu obligatoire l'utilisation de l'arbitrage institutionnel dans leurs contrats publics.

La discussion s'est ensuite orientée vers le paysage juridique général de l'Inde. Les intervenants se sont accordés à dire que les affaires *White Industries v. India* et *Vodafone v. India* ont déclenché la tendance de l'Inde à mettre fin à ses traités bilatéraux d'investissement (« TBI »). Les intervenants indiens ont ajouté que les anciens TBI avaient été conclus lorsque l'Inde était un pays importateur de capitaux, et que l'évolution du paysage à cet égard avait également nécessité une renégociation des TBI.

Maître Datta a ensuite donné un aperçu des modifications apportées à la loi indienne sur l'arbitrage de 1996, telle qu'amendée en 2015 et 2019 (« loi »). Il a souligné que les modifications avaient mis en place des délais plus stricts pour l'achèvement de la procédure arbitrale, imposant un délai de 12 mois pour l'achèvement de l'arbitrage et une extension de 6 mois avec le consentement des parties, les parties devraient alors s'adresser aux tribunaux indiens pour obtenir une nouvelle extension si nécessaire. En outre, les modifications introduisent les divulgations nécessaires de la part des arbitres et limitent les possibilités d'annulation des sentences. Il a souligné les modifications apportées à l'article 34 de la loi et les définitions restrictives de l'« ordre public » et de l'« illégalité manifeste », qui ne permettent de réexaminer les sentences arbitrales que pour des questions touchant à l'intérêt national, et ne permettent pas de réexaminer la sentence sur le fond. M. Mullick a précisé que, bien que l'arbitrage commercial international doive être mené à bien rapidement et qu'il faille s'efforcer de régler l'affaire dans un délai de 12 mois à compter de la date d'achèvement des plaidoiries, le délai prescrit pour le règlement de l'arbitrage ne s'applique pas aux arbitrages commerciaux internationaux en Inde. et qu'il est donc conseillé de faire administrer les arbitrages par une institution.

Enfin, M. Glasgow a expliqué que, du point de vue des bailleurs de fonds, la demande de financement d'arbitrages par des tiers est en augmentation en Inde, et que c'est en Inde que l'on trouve le plus grand nombre de demandes de financement. Il a ajouté que les bailleurs de fonds explorent également avec prudence le marché de l'arbitrage national en Inde, car des milliards de dollars sont bloqués dans des réclamations impayées au stade de l'exécution après l'attribution de l'arbitrage.

La discussion s'est terminée par les remerciements de Maître Quintard, qui a souligné que l'espace pour les arbitrages en Inde ne cesse de croître, compte tenu de l'évolution et de la croissance du paysage indien.

« LES FRAIS D'ARBITRAGE LE RENDENT-ILS PROHIBITIF (ET INDISCIPLINÉ) ? »

Par Maryam Gilmitdinova et Maxime Villeneuve

Mercredi 29 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, Deminor Litigation Funding et Baker McKenzie ont organisé une conférence afin d'échanger sur la question suivante : « Are arbitration costs making it prohibitive (and unruly)? ». Le panel, modéré par Karim Boulmelh et Katia Finkel (respectivement associé et collaboratrice senior chez Baker McKenzie), était composé de Christophe Lobier (Senior Litigation Counsel chez GE Renewable Energy), Živa Filipič (Secrétaire général adjoint par intérim à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI), Prof. Maximin de Fontmichel (Professeur de droit à l'Université Paris-Saclay, arbitre et expert juridique) et Olivia de Patoul (General Counsel Belgique & France chez Deminor Litigation Funding).

Les modérateurs, Maîtres Boulmelh et Finkel, ont dressé un état des lieux des coûts de l'arbitrage. Ces frais, qui sont pourtant un sujet critique tant pour les clients que pour les avocats, font rarement l'objet d'une discussion ouverte. Afin d'aborder le problème des coûts de l'arbitrage sous différents angles, ils ont suggéré que la conférence suive une structure tripartite : état des lieux - solutions - conseils pratiques.

Christophe Lobier a commencé par aborder la question des coûts de l'arbitrage du point de vue des parties et a souligné la nature disproportionnée des honoraires d'avocats, tant bien pratiqués par les cabinets boutiques que par les plus grosses structures. Pour les entreprises, il est plus facile de trouver un cabinet rentable jouissant d'une solide réputation pour les affaires dont la somme en litige est élevée. Le problème se pose donc davantage pour les plus petites affaires de moins d'un million d'euros ainsi que pour les affaires moyennes dont le montant est inférieur ou égal à 4 millions d'euros. M. Lobier a ensuite analysé les lacunes du modèle de facturation de taux horaires, en particulier lorsqu'aucun plafond n'est appliqué. L'absence de plafond est généralement perçue de manière négative, car la prévisibilité financière est indispensable pour un client. Selon lui, le pire scénario consiste à fixer un plafond et à le dépasser à mi-parcours. Cet effet de surprise indésirable mettrait vraisemblablement fin à leur relation d'affaires. En outre, s'il est peu probable que les coûts élevés de l'arbitrage poussent les clients vers les tribunaux étatiques, M. Lobier estime que la médiation est une méthode de plus en plus populaire en raison de son rapport coût-efficacité.

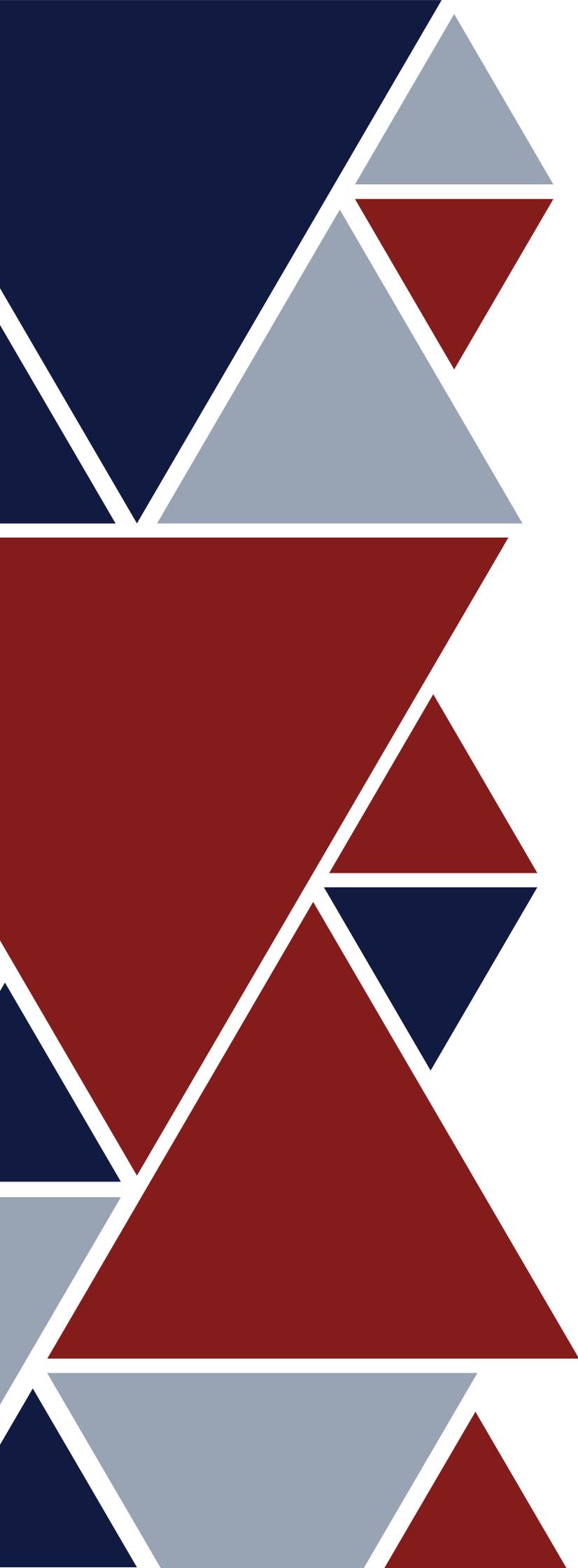
Živa Filipič a poursuivi en abordant le sujet des coûts du point de vue de la CCI, expliquant notamment que les honoraires de l'institution et des arbitres sont calculés selon un système ad valorem (basé sur le montant litigieux) par opposition à un taux horaire. Le modèle de la CCI continue de s'adapter aux besoins des plus petits dossiers, ce qui l'a conduit à introduire les Expedited Procedure Provisions et à créer un groupe de travail chargé d'explorer d'autres solutions envisageables. Toutefois, Mme Filipič a souligné que la majeure partie des coûts des procédures d'arbitrage - généralement autour de 80 % - provenait des honoraires d'avocats. La réduction des frais d'administration de l'institution et des arbitres n'a donc qu'un impact limité. Néanmoins, les parties disposent de certaines options pour répartir la charge financière liée à l'engagement d'une procédure d'arbitrage. Elles peuvent, par exemple, étaler leurs paiements ou encore payer la provision de la partie adverse. Toutefois, la CCI restera toujours vigilante quant à la réception de ces paiements afin de rémunérer les arbitres.

Maximin de Fontmichel a affirmé que les préoccupations liées aux coûts amènent les praticiens de l'arbitrage à se demander s'ils sont de simples prestataires de services ou bien également des acteurs de la justice, ayant une certaine responsabilité. Le Prof. de Fontmichel a évoqué un premier arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2022 (Civ. 1re, 28 sept. 2022, FS-D, n° 21-21.738), qui appelle les arbitres et les institutions à faire preuve d'une plus grande flexibilité en matière de coûts. Dans cette décision, la Cour a admis que le juge national peut être compétent pour connaître d'un litige entre un franchiseur et un franchisé, malgré la présence d'une clause d'arbitrage dans leur contrat, lorsque les frais d'introduction d'une procédure d'arbitrage conduiraient le franchisé à la faillite, à condition qu'il ait sollicité des mesures financières, mais qu'aucune n'ait été accordée. Le Prof. de Fontmichel a également mentionné la décision « Tagli'apau » (Civ. 1re, 9 févr. 2022, n° 21-11.253) dans laquelle la Cour de cassation, ayant à

l'esprit le besoin d'accès à la justice, a reconnu un nouveau principe de « loyauté procédurale » qui a accordé aux tribunaux français la compétence en dépit d'une convention d'arbitrage valide entre les parties. En effet, le défendeur ne pouvait pas invoquer l'incompétence du juge français tout en refusant de payer la provision exigée par la CCI. A l'aune de cette tendance jurisprudentielle, Prof. de Fontmichel estime que les institutions et les arbitres devraient trouver des solutions pour pallier l'impécuniosité d'une partie. Ceci pourrait prendre la forme d'un gage placé sur l'un des actifs d'une partie dès le début de la procédure. La preuve de la situation financière délicate / du risque d'insolvabilité sera néanmoins exigée. Des honoraires forfaitaires pour les arbitres malgré un risque de bifurcation pourraient être une solution supplémentaire au problème.

Olivia de Patoul a abordé le sujet des frais d'arbitrage à travers le prisme des tiers financeurs et a exprimé son accord pour le besoin susmentionné d'un plafond pour les frais d'avocats afin d'évaluer l'investissement potentiel. Mme de Patoul a néanmoins reconnu la nécessité d'une certaine flexibilité afin de conserver la volonté de gagner l'affaire même si le plafond est atteint. Pour atteindre cet objectif, elle estime que la confiance entre l'avocat, son client et le tiers financeur est cruciale. Mme de Patoul a également abordé la question des coûts du tiers financement. Tenant compte de la récente tendance jurisprudentielle anglaise et singapourienne exigeant que la partie perdante couvre lesdits coûts, elle a insisté sur la nécessité de distinguer le financement accordé aux parties qui en ont réellement besoin - qui devrait en effet être inclus dans les coûts couverts - du financement utilisé par les parties uniquement comme un outil financier - qui, à son avis, ne devrait pas l'être.

Les panélistes ont été invités à partager des conseils pratiques dans le but de réduire les coûts des procédures arbitrales. Christophe Lobier a insisté sur la nécessité de rester honnête quant aux coûts potentiels et aux chances de succès de l'affaire. Il a conseillé de garder à l'esprit que la médiation pourrait être une solution alternative et plus rentable. Živa Filipič a suggéré de garder en tête la résolution d'un litige plutôt que son combat. Un différend sur les coûts ne devrait jamais l'emporter sur l'intérêt de résoudre le différend. Maximin de Fontmichel a recommandé aux parties de rester flexibles et désireuses de parvenir à un accord avec la partie adverse, et aux arbitres de se conformer à un devoir de garantir l'accès à la justice. Olivia de Patoul a conclu en soulignant l'importance de choisir des arbitres « diligents », qui adoptent une approche pragmatique des coûts, tout en respectant les solutions de tiers financement.



JEUDI

« JEUX OLYMPIQUES ET ARBITRAGE : RÉOLUTION DES LITIGES SPORTIFS ET DES LITIGES COMMERCIAUX CONNEXES »

Par Ailin Chen

Le jeudi 30 mars 2023, dans le cadre de l'édition 2023 de la Paris Arbitration Week, le Centre d'arbitrage CIETAC de Hong Kong a organisé un webinaire sur les litiges sportifs et commerciaux associés. Le panel, animé par Jintao Ou (Conseiller au Centre d'arbitrage CIETAC de Hong Kong), a réuni six experts de l'arbitrage sportif, tous ayant participé aux Jeux olympiques d'hiver de Beijing. Le panel comprenait Chengjie Wang (Vice-président et secrétaire général de la CIETAC), Xianyue Bai (Associé gérant de Grandall Law Firm à Tianjin), Prof. Song Lu (Professeur à l'Université des affaires étrangères de Chine), Guo Cai (Associé du cabinet Jin Mao Law Firm), Raphaëlle Favre Schnyder (Associée de Barandun AG à Zurich) et Jeffrey Benz (JAMS Neutral).

M. Jintao Ou a ouvert le webinaire avec une remarque de bienvenue de la part de M. Chengjie Wang. M. Wang a présenté le CIETAC comme un organe diversifié, avec des arbitres du monde entier, ayant joué un rôle vital lors des précédents Jeux olympiques d'hiver de Beijing. Il a souligné les énormes implications économiques du sport en Chine et au-delà, et que cette importance économique apportera de nombreuses opportunités pour les praticiens de l'arbitrage commercial lié au sport. Enfin, M. Wang a adressé ses chaleureuses salutations à tous les participants et ses meilleurs vœux pour les prochains Jeux asiatiques, qui se tiendront à Hangzhou, Chine, en septembre.

Ensuite, M. Xianyue Bai a présenté la « genèse » de l'arbitrage sportif. Dans les années 1980, de nombreux litiges liés au sport ont été soulevés ; cependant, il n'existait pas d'autorité indépendante capable de traiter ces problèmes. En 1981, le président du Comité international olympique («CIO»), Juan Antonio Samaranch, a eu l'idée de créer un organisme international pour la résolution des litiges liés au sport. En 1984, le Tribunal arbitral du sport («TAS») a été créé pour fournir des règlements souples, efficaces et peu coûteux pour les litiges sportifs et commerciaux associés.

M. Bai a ensuite expliqué la structure du TAS. Le Conseil international de l'arbitrage pour le sport est composé de 22 membres de différents pays. Parmi les 22 membres, 5 sont membres du conseil d'administration. Le Bureau du tribunal du TAS s'occupe du travail quotidien du tribunal. Entre-temps, le TAS a trois divisions pour la résolution des litiges : la division d'arbitrage ordinaire, la division d'appel d'arbitrage et la division ADD(anti-dopage division) du TAS , qui a débuté en 2019.

La Division ordinaire d'arbitrage traite des litiges commerciaux liés aux sports. La Division d'appel d'arbitrage accepte les cas soumis par les organisations sportives et agit en tant qu'instance d'appel finale. La CAS ADD examine exclusivement les cas de dopage. Il y a également la CAS AHD (Ad-Hoc), qui est mise en place automatiquement lors des Jeux olympiques d'hiver ou d'été. Chaque division dispose de ses propres procédures et arbitres inscrits sur une liste restreinte, c'est-à-dire que les arbitres d'une division ne peuvent pas agir dans une autre division. Enfin, Bai a mentionné que les arbitres du CAS peuvent avoir trois spécialisations : général, football et ADD. Les arbitres spécialisés en ADD ne peuvent pas agir sur d'autres cas.

Ensuite, Bai a parlé de l'évolution du CAS. Le CAS, a-t-il souligné, évolue grâce à de vrais cas, notamment l'événement marquant qu'a été l'affaire Gundel. En 1992, un joueur de jockey, Elmar Gundel, a interjeté appel auprès du Tribunal fédéral suisse, contestant l'impartialité et l'indépendance du CAS. Gundel affirmait que le CAS était financé presque entièrement par le CIO, qui avait le pouvoir de modifier les statuts du CAS, et que le président du CIO avait un pouvoir considérable dans la nomination des membres du CAS.

L'affaire *Gundel* a été l'occasion pour le CAS de réfléchir à son indépendance, pour laquelle il a apporté des changements remarquables. Le Conseil international de l'arbitrage pour le sport («CIAS») a été créé en tant qu'organe suprême du CAS. Depuis l'accord de Paris en 1994, toutes les Fédérations sportives internationales olympiques («FI») et de nombreux Comités olympiques nationaux («CON») ont reconnu la compétence du CAS, ajoutant à sa crédibilité.

De plus, depuis 2003, le Mouvement olympique et de nombreux gouvernements ont promulgué le Code mondial antidopage, le CAS étant l'instance d'appel.

Bai a ensuite exploré les fonctions de l'ICAS. Selon le statut de l'ICAS, l'objectif de l'ICAS est de « faciliter la résolution de différends liés au sport par l'arbitrage ou la médiation » et de « sauvegarder l'indépendance du TAS et les droits des parties ». Pour conserver leur objectivité et leur indépendance, tous les membres de l'ICAS exercent leur fonctions à titre personnel. De plus, l'ICAS est également l'organe administratif et financier du TAS.

Pendant les Jeux olympiques d'été de 1996 à Atlanta, l'ICAS a créé le TAS AHD, visant à régler tous les différends des Jeux olympiques dans les 24 heures. Comme de nombreux jeux ont lieu simultanément et que le temps est essentiel pour les joueurs et le jeu, le TAS AHD dispose d'un code de procédure unique visant à être simple, flexible et gratuit. Depuis lors, le TAS AHD est créé pour chaque édition des Jeux olympiques. Il se compose de 2 co-présidents et de 12 arbitres, résidant dans la ville olympique pendant le jeu. En raison de son indépendance vis-à-vis de toutes les juridictions et instances nationales, l'ADH a été introduite dans de nombreux autres événements sportifs, notamment les Jeux du Commonwealth, la Coupe du monde de la FIFA, les Jeux asiatiques, le Championnat d'Europe, etc.

Après M. Bai, le Prof. Song Lu a développé la compétence du TAS. Comme toute procédure d'arbitrage, le TAS repose également sur les accords des parties. La charte olympique indique que le TAS a compétence pour les différends découlant des Jeux olympiques, et tous les participants - athlètes et entraîneurs - des Jeux olympiques doivent consentir à cet accord d'arbitrage par le biais de leurs formulaires d'inscription. Cette pratique n'est pas sans critique quant à sa nature autoritaire ; néanmoins, la compétence est considérée comme enracinée dans les accords des parties.

Le Prof. Lu a noté qu'il existe deux types de différends pendant les Jeux olympiques, la première catégorie étant appelée « différend d'admissibilité et de sélection », ce qui signifie que certains athlètes, disqualifiés lors de la première phase de la compétition, prétendent qu'ils auraient dû être qualifiés. Pendant la phase ultérieure du jeu, la majorité des différends seront des « différends de joueur futile ». Ces différends remettent en question les décisions injustes pendant les compétitions. La caractéristique la plus unique du TAS AHD, a souligné Lu, est sa rapidité : normalement, la sentence sera communiquée aux parties dans les 24 heures.

Ensuite, Mme Guo Cai a pris la parole. Ce qui distingue l'arbitrage sportif, selon Cai, c'est qu'il a évolué grâce à la pratique. La pratique actuelle du TAS - y compris sa création en premier lieu - a été promue grâce à des cas réels, le plus remarquable étant l'affaire Gundel de 1994 qui a promu la véritable indépendance du TAS. Par conséquent, le développement du TAS est fortement corrélé à la participation de la société dans l'industrie du sport. En particulier, Cai a mentionné les services pro bono lors des Jeux olympiques de Beijing en exemple de participation active des associations d'avocats. Cai a également mentionné que la Chine a établi sa Commission chinoise d'arbitrage sportif («CCAS») le 1 janvier 2023.

Cai a parlé d'un type de différend qui mérite une attention particulière : les différends d'emploi impliquent des joueurs ou des entraîneurs étrangers avec leurs employeurs, en particulier dans le football. Ces différends sont uniques, car ce sont des différends d'emploi et ils ne sont pas arbitraux, selon de nombreuses lois nationales. Certaines organisations, comme la FIFA, incluent de telles clauses d'arbitrage pour leurs participants.

Mme Raphaëlle Favre Schnyder a exploré les avantages de la résolution des différends sportifs par l'arbitrage. Le sport a une nature internationale inhérente, tandis que l'arbitrage est hautement adapté aux différends internationaux. Tout d'abord, comparé à un tribunal national, l'arbitrage est une option plus souhaitable pour les parties étrangères afin d'obtenir un règlement équitable. Deuxièmement, une sentence arbitrale peut être exécutée presque partout en vertu de la Convention de New York, bien que certains pays n'acceptent pas les sentences liées à l'emploi, toutes les sentences liées au commerce peuvent être facilement exécutées. De plus, les sentences sont finales et contraignantes, ce qui évite les longues procédures judiciaires. Dans l'ensemble, l'arbitrage offre une protection pour les parties étrangères en cas de différend.

Enfin, M. Jeffrey Benz a animé la séance de questions-réponses en mettant l'accent sur l'arbitrage sportif en Chine. Parrainé par l'État, le sport en Chine tend à avoir moins d'éléments commerciaux. Par conséquent, les sports en Chine ne sont pas souvent médiatisés. La CCAS nouvellement créée, a-t-il commenté, n'est pas seulement un nouveau domaine de pratique pour les avocats et les arbitres, mais attirera également l'attention et la participation du public.

En conclusion, le webinaire a fourni une perspective précieuse sur le monde de l'arbitrage commercial lié aux sports. Les panélistes ont offert une vue d'ensemble complète de la structure et des procédures du CAS, ainsi que des défis et des opportunités dans l'industrie du sport. La discussion a également souligné l'importance de l'arbitrage sportif en mettant l'accent sur la Chine. Dans l'ensemble, le webinaire a été une introduction utile pour les étudiants et les praticiens intéressés à l'arbitrage sportif.

« IMMUNITÉS ET GEL DES AVOIRS DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES, ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES »

Par Corentin Boyssou et Florence Nivelles

Le jeudi 30 mars 2023, dans le cadre de la Paris Arbitration Week, le bureau parisien du cabinet Jones Day a organisé une conférence sur le thème des immunités et des mesures de gel des avoirs devant les juridictions françaises.

Le panel des intervenants, modéré par Claire Pauly (Avocat Of Counsel chez Jones Day), était composé de Kamalia Mehtiyeva (Professeur à l'Université Paris XII Créteil et Avocat chez Barbier Mehtiyeva Law), Jérôme Ortscheidt (Associé chez SARL Jérôme Ortscheidt), et Jacques-Alexandre Genet (Avocat associé chez Archipel).

Les débats ont porté, dans un premier temps, sur la question des immunités de juridiction et d'exécution soulevées devant les juridictions françaises, puis, dans un second temps, sur l'impact des mesures de gel des avoirs sur les mesures d'exécution pratiquées sur des actifs localisés en France.

Dans un premier temps, Prof. Mehtiyeva a défini les contours de la notion d'immunité, qui est un privilège dont bénéficient certains sujets de droit, notamment les États. Il existe deux types d'immunités : les immunités de juridiction et les immunités d'exécution qui ont toutes deux pour fondement les principes de souveraineté et d'indépendance de l'État. Les notions sont proches mais nourrissent des objectifs différents : l'immunité de juridiction protège les actes régaliens de l'État, alors que l'immunité d'exécution protège certains biens de l'État. Aucune de ces deux immunités n'est absolue.

La parole a ensuite été donnée à Maître Ortscheidt qui s'est exprimé sur les possibilités de saisir en France des créances fiscales nées à l'étranger. Maître Ortscheidt est alors revenu sur deux principes fondamentaux : le principe de territorialité de l'impôt et le principe de territorialité des voies d'exécution.

D'une part, le principe de territorialité de l'impôt implique qu'un État ne peut recouvrer son impôt sur le territoire d'un autre État. Ce principe ne peut s'appliquer s'agissant ici, au regard du droit français, d'une créance étrangère de nature civile.

D'autre part, le principe de territorialité des voies d'exécution suppose que le pouvoir de contrainte de l'État ne s'applique que sur son territoire et selon ses propres lois. Maître Ortscheidt a précisé son désaccord avec la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui prévoit la nécessité de démontrer une renonciation spéciale de l'État à son immunité d'exécution pour pouvoir saisir des biens protégés. La renonciation spéciale consiste en l'établissement par l'État d'une liste de biens pour lesquels il renonce expressément à son immunité d'exécution.

En effet, ni l'article 19 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 qui reflète l'état actuelle du droit international coutumier, ni l'article L.111-1-2 du code des procédures civiles d'exécution introduit par la loi « Sapin II », ne prévoient la nécessité d'une renonciation spéciale.

Sur ce point, Maître Genet a dressé un bilan de la manière dont la Cour de cassation a envisagé la renonciation par l'État à son immunité d'exécution au cours des deux dernières décennies.

Tout d'abord, dans un arrêt Creighton (Cass. Civ. 1ère, 6 juillet 2000, n°98-19.068), la Cour retient que l'acceptation par l'État de soumettre son différend à l'arbitrage selon le règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI emporte renonciation à son immunité d'exécution, au motif que selon l'article 24 de ce règlement d'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter sans délai la décision à intervenir.

Puis, dans un arrêt société NML Capital Ltd., (Cass, civ. 1e, 28 septembre 2011, n°[09-72.057](#)), la Cour de cassation a estimé que si l'État argentin n'a pas « de façon expresse et spéciale » renoncé à l'immunité d'exécution sur ses biens diplomatiques, alors ces biens sont protégés. La Cour de cassation a étendu cette solution à tous les biens de l'État (Cass., civ. 1e, 28 mars 2013, n°[11-13.323](#)).

Ces décisions ont été rendues, pour la première, au visa du droit international tel que reflété par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004, et de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, et pour la seconde au visa du droit international coutumier. Or, Maître Genet rappelle qu'aucun de ces textes n'exige de renonciation spéciale de l'État.

La Cour de cassation va ensuite opérer un revirement dans un arrêt *Commisimpex* (Cass. Civ. 1ère, 13 mai 2015, n° [13-17.751](#)), dans lequel elle a finalement estimé qu'il n'existait aucune exigence de spécialité et qu'il suffisait que la renonciation soit expresse.

Puis à l'occasion d'un deuxième arrêt *Commisimpex* (Cass. Civ. 1e, 10 janvier 2018, n° [16-22.494](#)), la Cour va opérer un nouveau revirement, fondé sur la Convention de Vienne du 18 avril 1961, consacrant de nouveau l'exigence d'une renonciation « expresse et spéciale » pour les biens diplomatiques.

Cependant, le lendemain, la 2e chambre civile va rendre une décision se fondant sur la coutume internationale, créant ainsi une discordance entre la première et deuxième chambres civile de la Cour (Cass., civ. 2e, 11 janvier 2018, n°[16-10.661](#)).

Par un troisième arrêt *Commisimpex*, la première chambre civile réaffirme l'exigence de renonciation « expresse et spéciale », mais uniquement au visa du droit international coutumier (Cass, civ. 1ère, 3 février 2021, n°[19-10.669](#)).

Dès lors, des recours ont été formés devant la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») par les créanciers, la CEDH a posé plusieurs questions à la France les 15 juin 2022 et 13 février 2023.

La position de la CEDH sur les immunités est la suivante : l'article 6§1 qui protège le droit d'accès au juge inclut le droit à l'exécution de la décision de justice. Le contraire reviendrait à entraver l'accès au juge. Toutefois, le régime des immunités, qui constitue bien une restriction à ce droit, peut subsister dans la mesure où il demeure proportionné. On peut attendre quelques clarifications de la part de la CEDH.

Sur la question de l'identification d'un bien protégé d'un État, Maître Ortscheidt a rappelé que la Cour internationale de justice apprécie la nature d'un bien selon un système d'affectation du bien et non de déclaration (CIJ, 11 décembre 2020, [Guinée équatoriale c./ France](#)). Dans ce sens, le Conseil d'État a pu considérer, d'une part, que le Ministère des affaires étrangères pouvait communiquer une liste des biens diplomatiques d'un État au créancier qui en fait la demande, mais d'autre part, que ledit Ministère n'avait aucune obligation de dresser une telle liste (CE, 15 mars 2023, [société Commissions Import Export](#)). De ce fait, l'identification des biens protégés de l'État demeure une question épineuse pour le créancier.

Enfin, Prof. Mehtiyeva a rappelé que la notification de la décision d'exequatur est une étape centrale dans la mise en œuvre de mesures d'exécution contre un État. Sur ce point, une décision récente de la Cour de cassation retient que la remise à parquet de la décision à signifier par la voie diplomatique ne constitue pas la preuve de la remise de l'acte à son destinataire et ne peut valoir notification. Il appartient aux requérants de justifier de démarches entreprises auprès des autorités chargées de la notification de l'acte dans l'État étranger (Cass, civ. 2ème, 24 mars 2022, n°[20-17.394](#)).

Dans un second temps, les panellistes ont échangé sur la notion de gel des avoirs et son appréhension par les juridictions françaises, ainsi que sur l'impact de telles mesures de gel sur les mesures d'exécution pratiquées en France.

D'une part, Prof. Mehtiyeva a relevé que les sanctions internationales ont un impact direct sur la souveraineté d'un État, attribut duquel découle le principe d'immunité. Sur ce point, Prof. Mehtiyeva a cité une décision récente de la Cour suprême de Russie par laquelle cette juridiction a pu considérer que le fait que des sanctions aient été imposées à une entité russe par une autorité publique étrangère conduira automatiquement les tribunaux russes à supposer que cette entité ne sera pas traitée de manière égale, équitable ou impartiale dans les procédures judiciaires ou arbitrales en cours dans l'État qui a imposé ces mesures de sanction. Par conséquent, les tribunaux russes devraient avoir une compétence exclusive sur le litige (Cour suprême de Russie, 9 décembre 2021, PESA c./ UralTransMash).

Les juridictions russes adoptent ainsi une approche similaire à celle qu'a pu retenir la Cour de cassation dans un arrêt du 15 juillet 1999 par lequel la Haute Juridiction avait considéré, au visa de la résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations Unies, que l'État Irakien n'était plus en capacité de soulever son immunité d'exécution devant les juridictions françaises dès lors qu'il était visé par des sanctions internationales (Cass, civ. 1ère, 15 juillet 1999, n°97-19.742).

D'autre part, Maître Genet a expliqué la portée d'un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne imposant désormais, à une partie souhaitant pratiquer une mesure de saisie sur des actifs gelés dans un État membre, de solliciter au préalable l'autorisation de l'autorité nationale compétente (CJUE, 11 novembre 2021, Bank Sepah, aff. C-340/20).

Selon Maître Genet, cette jurisprudence vient poser plusieurs problématiques pratiques auxquelles aucune juridiction n'a encore répondu, telles que notamment l'établissement du rang des créanciers ou encore la possibilité d'avoir connaissance des demandes de dégel déjà réalisées. Autant de problématiques qui pourraient, à terme, conduire à un nouveau sujet de responsabilité de l'État pour opacité.

« BELOKON, SORELEC ET CIE – ET MAINTENANT ? LE POINT DE VUE DES ARBITRES, DES CONSEILS ET DES INSTITUTIONS SUR LA NOUVELLE APPROCHE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL »

Par Lina Ettabouti et Silke Schusser

Le jeudi 30 mars 2023, le cabinet Three Crowns a organisé une conférence sur le thème « Belokon, Sorelec et cie - Que faire maintenant ? La nouvelle approche française des violations de l'ordre public international du point de vue des arbitres, des avocats et des institutions ». Etienne Vimal du Monteil (Collaborateur chez Three Crowns LLP), a modéré un panel composé de Shaparak Saleh (Associée chez Three Crowns LLP), en qualité d'hôte, ainsi que de Sylvain Bollée (Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Jérôme Ortscheidt (Associé chez SARL Jérôme Ortscheidt) et Eléonore Toupart (Conseillère à la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI), en qualités d'intervenants invités.

La conférence comportait deux parties principales : premièrement, un examen critique de la jurisprudence française en matière d'ordre public international, en commençant par l'intensité du contrôle des sentences arbitrales par les tribunaux français, suivi des questions de preuve et de procédure que soulève la nouvelle approche française ; secondement, une discussion à propos de l'impact de la jurisprudence sur les rôles respectifs des arbitres et des institutions arbitrales.

Maître Etienne Vimal du Monteil a inauguré la discussion en présentant les affaires Belokon et Sorelec, rendues durant l'année 2022 et qui ont étendu le contrôle de la violation de l'ordre public international par le juge de manière significative. Il a précisé que le sujet de la conférence porterait surtout sur la manière dont le juge étatique doit exercer le contrôle de l'ordre public international.

Le débat s'est ouvert sur une première question relative à l'intensité du contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international.

Le Prof. Sylvain Bollée a brièvement rappelé l'état du droit en la matière. Le droit français a connu trois temps jurisprudentiels. Dans un premier temps, marquée par les jurisprudences Thales et Cytec, la pratique des juridictions françaises était celle d'un contrôle minimaliste qui se caractérisait par l'exigence d'une violation « flagrante » de l'ordre public international. Dans un deuxième temps, à partir de 2014, on a vu apparaître, notamment en matière de corruption, une série de décisions de la Cour d'appel de Paris dans laquelle elle prenait le contrepied de la jurisprudence précédente pour pratiquer un contrôle plus approfondi du respect de l'ordre public international. Cela a soulevé un certain nombre d'interrogation, notamment celle de savoir si cette nouvelle orientation s'étendait à l'intégralité de l'ordre public international, ou bien s'il était limité aux situations spécifiques de corruption ou de blanchiment d'argent. Le point culminant de cette évolution est atteint avec l'arrêt MK Group de 2018 qui affirme l'absence de limite au pouvoir du juge de l'annulation dans la recherche en droit et en fait des éléments qui intéressent les cas d'annulation. Enfin, récemment, avec les affaires Belokon et Sorelec, la Cour de cassation a pris position dans le sillage de la Cour d'appel de Paris en matière d'intensité du contrôle : le juge de l'annulation peut examiner en droit et en fait la question qui intéresse l'ordre public international et il n'est pas lié par l'appréciation des arbitres.

Jérôme Ortscheidt a par la suite offert une analyse critique de cette nouvelle évolution de la jurisprudence. Selon lui, il est difficile de déterminer si le contrôle doit être "plein et entier" ou non, car cela dépend de la définition qui est donnée à cette expression, ainsi que des situations dans lesquelles le contrôle est appliqué. Il a notamment évoqué l'affaire Belokon, dans laquelle le travail de l'arbitre a été considérable, et il estime que dans ce cas, il est curieux que le juge refasse le même travail sans prendre en compte les décisions de l'arbitre. En outre, il estime que le contrôle doit être différent selon qu'il s'agit d'un objectif de lutte contre la corruption ou d'un pacte corruptif. Il considère enfin qu'il devrait exister deux types de contrôle différents, selon que l'arbitre a déjà traité la question auparavant ou non : dans le premier cas, il faut prendre en compte son travail ; dans l'autre, le problème est plus compliqué à résoudre.

Shaparak Saleh a ensuite suggéré que cette évolution jurisprudentielle pourrait finalement être bénéfique à l'attractivité de Paris comme place d'arbitrage. Dans un monde où les entreprises veulent de plus en plus se conformer aux règles, le filtrage des sentences que l'on pourrait dire "propres et saines" pourrait rendre l'arbitrage en France plus attrayant pour les opérateurs qui veulent s'assurer que leurs sentences arbitrales sont exemptes de tout problème de conformité. Il faut cependant, pour cette hypothèse puisse demeurer, que le contrôle opéré demeure bien équilibré et ne bascule pas dans une révision complète.

De son côté, le Prof. Sylvain Bollée estime que les considérations sur l'attractivité de la place de Paris ne devraient pas entraver le contrôle effectif de l'ordre public par les juridictions françaises. Il a ajouté que l'ancienne jurisprudence *Thales/Cytec* n'était pas conforme aux dispositions du Code de procédure civile en ce que l'article 1520 du même code n'impose pas, comme le fait l'article 1514, que la contrariété de la sentence à l'ordre public soit manifeste pour entraîner son annulation. Il a ensuite abordé le principe de non-révision au fond de la sentence, qui était l'un des fondements de la jurisprudence *Thales/Cytec*. Il a expliqué que ce principe est apparu dans le domaine de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et soutenu que la jurisprudence en matière d'arbitrage a mal interprété ce principe et a considéré à tort qu'il bridait le pouvoir du juge. En conclusion, il a affirmé que, d'après lui, il n'y a pas de difficultés dans la nouvelle jurisprudence et que l'intensité du contrôle est digne d'approbation.

Eléonore Toupart a ensuite souligné la neutralité que lui impose sa fonction et a indiqué qu'il serait intéressant de voir comment la question de l'intensité du contrôle évoluera à l'avenir en France, étant dit que d'autres juridictions, telles que celles de La Haye par exemple, adoptent une position radicalement opposée.

Passant aux questions de preuve soulevées par la nouvelle approche adoptée par les tribunaux français, Etienne Vimal du Monteil a introduit les débats sur la question de la preuve de la violation de l'ordre international public.

Jérôme Ortscheidt a abordé plusieurs points, mais a surtout soulevé que le changement de ces dernières années s'était principalement opéré sur les modes de preuve. Les arrêts *Belokon* et *Sorelec* les ont élargis de manière à ce que le juge puisse examiner tous les éléments de preuve pertinents, même s'ils n'ont pas été présentés par les parties devant les arbitres. Cependant, cet élargissement est limité par les principes de contradiction et d'égalité des armes, ainsi, à moindre mesure, que par le principe de loyauté de la preuve. L'intervenant a enfin indiqué que les modes de preuve existent surtout devant la Cour d'appel, les juges se fondant sur une série d'indices lorsqu'il s'agit de caractériser la méconnaissance de l'ordre public.

Pour le Prof. Sylvain Bollée, cette preuve par indices est une preuve indirecte. Il pense notamment qu'il existe un standard, qui est celui des « indices graves, précis et concordants », qui paraît correspondre à l'idée de l'exigence d'un certain niveau de preuve. En effet, il a estimé qu'il était important de maintenir un standard de preuve élevé afin d'être prudent et raisonnable dans l'administration et l'appréciation de la preuve.

Shaparak Saleh et Jérôme Ortscheidt ont souligné la difficulté d'exercer un contrôle plein eu égard aux moyens du juge. Celui-ci, qui impliquerait un haut standard de preuve, présente une faiblesse : il nécessite des moyens conséquents et du temps, deux éléments n'étant pas toujours à la disposition des magistrats français.

Concluant l'examen critique de la jurisprudence française en matière d'ordre public international, Shaparak Saleh s'est attardée sur l'arrêt *Sorelec*, qui consacre la possibilité pour les parties à un recours en annulation d'invoquer de nouveaux éléments de preuve relatifs à l'ordre public international, alors même que ces éléments n'ont pas été soulevés devant le tribunal arbitral. L'intervenante a également souhaité évoquer, en parallèle, l'arrêt *Schooner* qui porte sur un sujet similaire, bien qu'il ne concerne pas l'ordre public. Selon elle, la jurisprudence *Schooner* serait encore plus critiquable car elle autorise les parties, en matière de compétence du tribunal arbitral, à soulever, devant le juge du contrôle de la sentence, de nouveaux moyens qui n'auraient pas été soulevés devant l'arbitre. Pour l'intervenante, les arrêts *Sorelec* et *Schooner* se ressemblent, en ce sens qu'ils créent une insécurité juridique, car ils encouragent les parties à se réserver des arguments et à ne les invoquer que devant le juge de l'annulation. Or, une telle insécurité serait préjudiciable pour une

place d'arbitrage. Il lui paraît donc souhaitable que les juridictions françaises réexaminent les principes posés par les arrêts précités.

Le Prof. Sylvain Bollée a opéré une distinction entre la question des nouvelles preuves et la situation dans laquelle l'ordre public n'a pas été plaidé devant le tribunal arbitral. S'agissant de la première, il estime qu'il est légitime pour le juge de l'annulation d'examiner toutes les preuves présentées par les parties, même si certaines sont nouvelles. S'agissant de la seconde, en revanche, il considère qu'il est difficile de trancher entre la nécessité de contrôler la conformité à l'ordre public et le risque de violer le principe de loyauté des parties.

Dans la deuxième partie de cette conférence, Etienne Vimal du Monteil a interrogé les intervenants sur l'incidence de la jurisprudence *Belokon* et *Sorelec* sur le rôle des conseils, des arbitres et des institutions d'arbitrage.

Eléonore Toupart a répondu à cette dernière question en apportant le point de vue des institutions d'arbitrage. Elle rappelle que la CCI travaille depuis de nombreuses années déjà sur la question de la corruption. Elle possède une *task force* à ce sujet et réfléchit actuellement à la fourniture d'une sorte de "mallette à outils" pour aider les tribunaux arbitraux à analyser les indices de corruption. Lors de la revue des sentences, la CCI est également particulièrement attentive à la question de l'exécution des sentences, puisque le secrétariat de la Cour a une obligation de moyens de s'assurer que les sentences CCI sont exécutoires et cherche à se prémunir de tous moyens d'annulation. Ainsi, selon elle, les décisions récentes des juridictions françaises fournissent à la CCI des arguments supplémentaires pour convaincre les tribunaux arbitraux de garantir l'exécution et la non-annulation des sentences arbitrales dont le siège est à Paris.

Shaparak Saleh a poursuivi du point de vue des arbitres. Elle estime que, lorsque le siège de l'arbitrage est en France, les arbitres vont évidemment devoir poser des questions sur une éventuelle corruption si elles ne sont pas posées par les parties. Elle a également introduit l'idée qu'il pourrait être pertinent de prévoir, dans les ordonnances de procédure une clause, prévoyant une obligation pour les parties de soulever devant les arbitres tous moyens tenant à l'ordre public international. Ainsi, la mauvaise foi ou la déloyauté d'une partie pourraient être contrés en amont.

Le Prof. Sylvain Bollée a clôturé les échanges, en affirmant qu'il pense que de nombreux arbitres sont aujourd'hui très attentifs au sujet de la corruption. Il pense que les arbitres doivent plus être mus par le souci de bien exercer la fonction arbitrale, qui consiste aussi à prendre en compte les considérations d'ordre public, plutôt que par la peur de voir leur sentence annulée.

« BLOCKCHAIN, CRYPTO, SMART CONTRACT ET METAVERSE, UNE OPPORTUNITÉ POUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ? »

Par Elisa-Marie Goubeau

Le jeudi 30 mars 2023, dans le cadre de la Paris Arbitration Week 2023, le CMAP a organisé une conférence intitulée « Blockchain, crypto, smart contract et metaverse, une opportunité pour l'arbitrage international ? ». Le panel d'intervenants était composé de Sabine Van Haecke-Lepic (Docteur en droit et arbitre), Jacques Levy-Vehel (Président chez Case Law Analytics), Federico Ast (CEO de Kleros), Christophe Dugue (Avocat au barreau de Paris) et Louis Degos (Managing Partner chez K&L Gates).

La parole fut d'abord donnée au Dr. Van Haecke-Lepic qui a souligné que ce nouvel espace numérique constituait une terre d'accueil pour la résolution des différends. Dans ses propos introductifs, elle a expliqué le potentiel perturbateur de la technologie blockchain, capable de déstabiliser les institutions économiques et sociales. Conduisant à l'apparition de nouvelles entreprises et nouveaux cas d'usage, les blockchains instaurent un profond changement de paradigme en ce qui concerne la collecte, le partage et le traitement des données. La promesse des blockchains, comme Bitcoin et Ethereum, est celle d'un gain d'efficacité et de transparence par un abaissement du nombre d'intermédiaires. Selon elle, ce contexte incite à remodeler le contrat social dans la mesure où l'intelligence artificielle (« IA ») incarne une quatrième révolution industrielle et juridique invitant les professionnels du droit à se saisir de ce mouvement.

À cet égard, Dr. Van Haecke-Lepic distingue entre les innovations durables et les innovations technologiques potentiellement perturbatrices. Concernant la seconde catégorie, elle a allégué qu'il n'y avait aucune certitude quant à leur impact puisque la plupart semblent inefficaces pour répondre à nos attentes. D'après elle, la question primordiale demeure celle de la gouvernance puisque ces technologies changent non seulement notre perception du monde et des autres mais interrogent également le droit et la manière dont la justice doit être rendue. Dr. Van Haecke-Lepic a continué ses propos avec l'émergence de l'arbitrage blockchain ou de justice décentralisée en raison des limites des modes traditionnels de résolution des différends face aux transactions blockchain. En effet, les transactions « on-chain » sont difficiles à rattacher à un ordre juridique particulier en raison de leur nature multi-juridictionnelle.

La deuxième thématique du colloque sur la modélisation mathématique du processus de décision judiciaire fut traitée par Dr. Levy-Vehel. Le panéliste a détaillé utilisé par Case Law Analytics pour comprendre le raisonnement des magistrats. La première étape consiste à établir une liste des critères pris en compte par les juges pour prendre leur décision. La deuxième étape consiste à conduire une analyse de la jurisprudence pour un domaine concerné à partir de laquelle une base de données sera constituée. Enfin, la dernière étape est celle de la modélisation possible grâce à l'IA pour présenter l'éventail des décisions qui pourraient être rendues sur un cas donné par une juridiction donnée.

La troisième partie de la conférence présentait une introduction de la justice décentralisée par M. Ast. Les litiges générés par l'utilisation des NFTs et de la cryptomonnaie peuvent être résolus grâce à la plateforme Kleros qui agit en tant qu'arbitre avec l'envoi d'argent effectué par le biais d'un « smart contract ». Kleros promet d'offrir un processus de sélection des arbitres transparent. Pour être éligible, les arbitres sont tirés au sort parmi un panel de candidats qui doivent collecter des jetons nommés « PNK » pour manifester leur intérêt à devenir arbitre au sein d'un litige. Une fois sélectionné, un arbitre est « bloqué » jusqu'à la fin de la résolution du litige. Le processus de décision repose sur la théorie du jeu de Thomas Schelling. Les arbitres sont ainsi encouragés à voter de manière cohérente à la majorité en vue de déceler la vérité pour chaque situation. D'après M. Ast, les litiges numériques de faible valeur et inter-juridictionnels peuvent être résolus via Kleros.

La discussion s'est poursuivie avec l'intervention de Maître Dugue. En guise de remarques préliminaires, il a mentionné que le centre d'arbitrage international de Dubai a mis en place une plateforme Metaverse. Maître Dugue a déclaré que ce monde virtuel devait devenir un outil au service de l'arbitrage international (« AI »). Sur la question des types de différends des blockchains et les modes de résolution envisageables, il a expliqué qu'il est possible de les classer selon

leur complexité et enjeux en trois catégories : les questions simples et de faible enjeu appelant une réponse rapide uniforme, celles qui requièrent un examen sommaire et celles particulières, c'est-à-dire complexes et d'enjeux significatifs nécessitant un examen approfondi et qui soulèvent des thématiques devant être résolues par un raisonnement juridique.

Sur la question de savoir si l'IA est un allié de l'AI, le panéliste a observé que l'arbitrage est déjà le mode de résolution choisi pour les litiges émergents des blockchains. Cette affirmation s'appuie sur le fait que certaines plateformes, notamment Binance, FTX ou HUOBI, l'incluent comme mode de règlement des différends dans leurs conditions générales. Maître Dugue a ajouté que l'AI demeure le candidat naturel pour le règlement de litiges dans le monde des cryptomonnaies et blockchains. Ce mode présente plusieurs avantages pour ces litiges en tant que mode décentralisé sans rattachement national fondé sur la liberté de choix et de confiance nécessitant l'acceptation des parties et adaptable, ce qui correspond à l'éco-système des blockchains et des cryptomonnaies.

À propos de la résolution des litiges de blockchain par des blockchains, en reprenant l'exemple de Kleros, Maître Dugue est de l'avis que la clause de recours à cette plateforme n'est pas une clause compromissaire mais plutôt une modalité d'exécution du contrat. Par conséquent, Kleros ne serait pas une procédure arbitrale. Il en va de même pour une décision générée par Kleros qui ne s'apparenterait pas à une sentence arbitrale. Toutefois, il est possible d'assister à une convergence possible entre Kleros et l'arbitrage. Maître Dugue pense que si de nouveaux modes se développent, il n'en reste pas moins que pour les litiges commerciaux internationaux complexes, l'AI conservera sa place car la justice humaine est la seule qui puisse être acceptée et comprise par les parties. Il est cependant possible que l'AI utilise l'IA comme un outil améliorant l'efficacité des procédures et permettant de réduire le temps et les coûts.

Enfin, Maître Degos a partagé sa synthèse du colloque en relevant les points suivants. Premièrement, à propos des différentes technologies utilisées, il a souligné que plusieurs centres d'arbitrages comme la CCI et le CMAP ont d'ores et déjà mis à disposition des parties des salles virtuelles dont l'utilisation n'avait pas créé de changements majeurs. En revanche, l'intervenant a mis l'accent sur l'innovation des mécanismes automatisés dont l'intérêt est de changer de tiers de confiance et de parvenir à un système opérant de manière immuable des transferts d'actifs ou de données sans intervention humaine.

Deuxièmement, à propos de la classification des litiges, il a noté que cette dernière s'opérait en fonction du degré d'objectivité des litiges. Plus un litige est objectif, plus il peut être soumis à l'IA et être entièrement automatisé. Plus il sera subjectif, plus ce dernier devra être administré par l'intervention humaine. Troisièmement, Maître Degos a mis en exergue le fait que l'utilisation croissante de l'IA tend vers la réplique de quelque chose qui préexiste, à savoir la jurisprudence passée. D'après lui, cette justice prédictive ne prédit rien puisque cette approche statistique s'appuyant sur les probabilités relève plus de la réplique que de l'invention. L'invention demeure humaine avant tout.

Enfin, Maître Degos a soulevé la question de savoir si les technologies comme Kleros et Case Law Analytics proposaient une forme de « justice ». Selon lui, elles offrent une régulation et une uniformisation qui réduisent le risque de décisions disparates et innovantes en donnant plus d'importance aux standards passés. Le panéliste a ensuite exprimé son scepticisme quant au mécanisme de notation d'arbitres de Kléros puisqu'ils possèdent un intérêt financier à être sélectionnés en tant qu'arbitres. Aucune motivation n'est fournie aux parties pour comprendre la décision rendue. Selon Maître Degos, Case Analytics travaille principalement sur des critères objectifs mais délaisse un critère subjectif concernant la sélection des arbitres. Il a conclu en rappelant l'adage « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage » pour refléter l'idée que la qualité de l'arbitre est cruciale pour l'efficacité d'une procédure arbitrale.