

afa

Association  
For  
Arbitration

Association  
Française  
d'Arbitrage



Paris, 12 avril 2016

Conférence de l'Association Française d'Arbitrage  
et de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage, et de Médiation

## Les partenariats de la nouvelle économie après la réforme du droit des contrats

Rapport de synthèse de Jean-Philippe Dom  
Professeur de droit privé  
Avocat au Barreau de Paris

### De nouveaux axes de développement pour l'arbitrage et de la médiation ?

Le thème de cette conférence, « Les partenariats de la nouvelle économie après la réforme des contrats », témoigne de la volonté des deux institutions que sont l'Association Française d'Arbitrage (A.F.A.) et l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (I.E.A.M.) de rester à la pointe de l'actualité.

Aborder l'impact de la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 sur les pratiques contractuelles de la nouvelle économie et la façon dont l'arbitrage et la médiation vont devoir s'adapter aux mutations qui en découlent revient à confronter les innovations, ainsi que l'a rappelé **Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl**.

Depuis la fin des années 1990, la nouvelle économie désigne la hausse de la croissance telle qu'elle est portée par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. En ce sens, **Monsieur François Dessault, Directeur juridique de Louis Vuitton Malletier**, considère que la nouvelle économie n'est, en définitive, qu'une nouvelle activité, un nouveau facteur de croissance qui a prouvé sa capacité à s'inscrire dans le temps.

Cette pérennité de la nouvelle économie tenait jusqu'à peu à l'organisation de partenariats horizontaux. Les rapprochements se faisaient entre industries d'un même

secteur de l'économie, utilisant l'entreprise commune ou la co-entreprise. Aujourd'hui les axes se sont déplacés, car la nouvelle économie s'est elle-même renforcée et fortifiée. Elle a, sans aucun doute, pris son essor et connaît une certaine autonomie par rapport à l'économie classique.

Comme l'a rappelé **Monsieur Gilles de Courcel, Associé fondateur, Ricol Lasteyrie Corporate Finance**, les partenariats se sont imbriqués, de façon horizontale et verticale. La nouvelle économie se nourrit d'entreprises qui intéressent des secteurs à première vue totalement étrangers.

Sur fond de nouvelles technologies de l'information et de la communication, elle procède d'un phénomène de globalisation et fait prévaloir, chez Michelin comme chez L'Oréal, la mobilité sur l'activité première. Ainsi, **Monsieur Loïc Rivière** a expliqué comment une société comme **Tech In France**, dont il est le **CEO**, a aménagé le passage d'un droit d'usage sur un logiciel physique à droit d'accès, via le *cloud*, à un logiciel hébergé.

De nouveaux risques sont ainsi créés par la nouvelle économie et, ne serait-ce que par sa nouveauté, la réforme du droit des contrats peut renforcer le sentiment d'insécurité. La médiation et l'arbitrage sont-ils à même de projeter des réponses adaptées aux questions ainsi posées ?

Pour répondre à cette interrogation, en une après-midi, les trois principaux rouages de la nouvelle économie ont été mis à nu :

- **Les chiffres**, car la croissance nécessite d'être quantifiée - la création de valeur est recherchée - et les risques qui l'accompagnent doivent être sans cesse mesurés comme a pu le mettre en évidence la table ronde animée par **Monsieur Gilles de Courcel** ;
- **Les lettres**, car, la table ronde animée par **Bernard Saintourens, Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux** a démontré que les partenariats de la nouvelle économie requièrent une contractualisation empreinte de sécurité et de flexibilité ; nonobstant le renouvellement de la loi, le complexe de contrats doit pouvoir produire des effets obligatoires tout en restant adaptable, surtout en cas de contentieux ;
- **Les hommes**, car les professionnels ont également dû s'adapter au bouleversement technologique opéré. La table ronde menée par **Madame Geneviève Augendre, avocat à la Cour**, aura permis de caractériser la mise en abîme que connaît le contentieux de la nouvelle économie tant il paraît lui-même saisi par les technologies de l'information et de la communication.

Au-delà de cette présentation didactique, il apparaît que la médiation et l'arbitrage permettent d'apporter des réponses adaptées au renouvellement contractuel des problématiques des partenariats de la nouvelle économie, avec des exigences mêlées de rapidité et de sécurité.

## I. La sécurité

La sécurité tout d'abord, car la finance qui accompagne la nouvelle économie déteste l'incertitude. Il faut apporter dans les délais les plus brefs une réponse certaine à la question de savoir quel pourrait en être le coût. **Madame Sena Agbayissah, avocat chez Hughes Hubbard** a su mettre en évidence la façon dont les clauses contractuelles devront, dès le 1er octobre 2016, aménager le plafonnement des responsabilités tout en prenant en considération les risques attachés à la qualification de contrat d'adhésion lorsque de telles clauses créent un déséquilibre significatif (C. civ., art. 1171 nouv.).

La sécurité encore car, pour préparer le contentieux qui pourra venir demain, il revient aux cocontractants de se ménager des preuves dès la négociation. En ce sens, la réforme du droit des obligations invite à repenser les processus de formation des contrats. **Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl** a insisté sur la phase de négociation qui suppose dorénavant une transparence totale de l'information déterminante du consentement lorsqu'une des parties l'ignore légitimement ou fait confiance à son cocontractant (C. civ., 1112-1 nouv.). De même, l'obligation de bonne foi devenue d'ordre public (C. civ., art. 1103 nouv.) et impérative (C. civ. 1112 nouv.) modifie l'appréhension de la mauvaise foi par le droit. Le changement de paradigme est profond, car l'on passe, comme l'a souligné **Monsieur Jean-Pierre Charlet, Directeur juridique de Gemalto et membre du Conseil d'administration du Cercle Montesquieu** d'une sanction de la mauvaise foi devant être préalablement caractérisée par les parties à une exigence d'ordre public de bonne foi dont l'irrespect pourra être sanctionné par les magistrats, probablement devenus à même de soulever ce moyen d'office. Les contrats devront donc, plus encore qu'auparavant, contenir des informations détaillées, exhaustives et pertinentes. L'informatique juridique et, plus généralement, l'apport des nouvelles technologies à la stratégie procédurale conduisent à ne pas mentir et à tout dire, ainsi que le démontre **Monsieur Alain Bensoussan, avocat à la Cour**.

La sécurité toujours, car les contrats créent une chaîne de valeurs à même de porter la nouvelle économie, mais cette dernière n'a pas de frontières. La loi d'autonomie doit-elle encore être française après la réforme du droit des obligations ? Selon **Maître Sena Agbayissah**, il conviendrait que les praticiens du droit français œuvrent afin de promouvoir celui-ci dès lors qu'il sert de vecteur à l'économie et opère un rapprochement avec les techniques contractuelles du commerce international jusqu'ici trop souvent empruntées au droit anglo-américain. Selon **Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl** et **Monsieur Jean-Pierre Charlet**, on peut douter de ce que la réforme du droit des contrats a vraiment sécurisé la pratique contractuelle française. Partant, alors que, dans le rapport au Président de la République, la réforme affiche des ambitions de compétitivité internationale du droit français, le praticien doit s'interroger sur la pertinence du choix de la loi française comme lex contractus à même d'embrasser toutes les subtilités juridiques de la nouvelle économie. Selon ces derniers, l'arbitrage et la médiation seraient probablement, au moins dans un premier temps, mieux adaptés pour apporter des éléments de réponse en cas de litige entre les

parties. Seraient ainsi notamment évités le morcellement procédural et d'incessants conflits de lois.

La sécurité enfin car l'exigence de bonne foi à l'occasion de l'exécution du contrat s'accompagne d'instruments à même d'autoriser le juge à intervenir dans le contrat tantôt pour sanctionner le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie (C. civ., art. 1169 nouv.), tantôt pour réputer non écrite la clause qui prive l'obligation essentielle de sa substance (C. civ., art. 1170 nouv.), tantôt enfin dans les contrats d'adhésion, pour réputer non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif ne portant pas sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation (C. civ., art. 1171 nouv.). L'économie générale des ensembles contractuels propres à la nouvelle économie ne risque-t-elle pas de souffrir de ces nouveaux pouvoirs donnés aux juges ? La connaissance par les arbitres spécialisés de ce type de contrat joue à l'évidence, sur ce point, en faveur de l'arbitrage. Poussant les débats, le **Professeur Bernard Saintourens** a invité **Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl** et **Monsieur Jean-Pierre Charlet** à s'interroger sur le caractère impératif ou supplétif de ces différents textes. Plus précisément, leurs points de vue respectifs a été confronté s'agissant de la faculté d'infléchir les termes de l'article 1195 nouveau du Code civil instituant la théorie de l'imprévision en droit français. A été particulièrement envisagée la façon dont l'arbitre, éventuellement cadré par une clause compromissoire et un acte de mission spécifiques, pourrait être avantageusement saisi du traitement de ce type de situation juridique. D'après les intervenants, les contrats de la nouvelle économie apparaissent comme le siège de nombreux changements de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Demander à une partie d'assumer ces risques pourrait être considéré comme une clause créant un déséquilibre significatif – donc une clause réputée non écrite (C. civ., art. 1171 nouv.) – si le contrat était qualifié d'adhésion (C. civ., art. 1110 nouv.) ; à défaut, on pourrait également y voir une clause privant l'obligation essentielle de sa substance (C. civ., art. 1170 nouv.). En dépit de l'utilisation du terme « juge » par l'article 1195 du Code civil, qui évoque ici la personne investie de la fonction de juger, les arbitres pourront être utilement saisis des litiges relatifs à l'imprévision. La mise en œuvre de cette technique d'adaptation et d'équité contractuelles devrait ainsi, selon les intervenants, être du domaine de l'arbitrable

## II. La rapidité

La rapidité concerne en premier lieu l'entreprise.

Ainsi, **Monsieur Jean-Pierre Charlet** a insisté sur la cadence trimestrielle des états financiers requis par les IFRS. Le suivi des risques et la projection des résultats imposent que l'on certifie en permanence sans cesse la bonne santé financière des activités de la nouvelle économie. En d'autres termes, le caractère dématérialisé de l'économie rend nécessaire la production continue de preuves tangibles de la rentabilité des exploitations.

A distance, **Monsieur Thierry-Yves Philippe, Président du fond Parfimac Capital**, s'est fait l'écho de ce propos en considérant que les conflits pouvant naître à propos de

l'entreprise, de sa gouvernance ou de son financement doivent connaître un traitement rapide. A défaut, cette même rentabilité qui n'est bien souvent qu'une projection chiffrée risque de s'effondrer, notamment à cause des provisions qui doivent être constituées. Cette exigence justifie que la pratique recourt à l'arbitrage et à la médiation beaucoup plus fréquemment qu'aux juridictions étatiques.

La rapidité concerne en deuxième lieu les partenaires de l'entreprise.

Selon **Monsieur Loïc Rivière**, alors qu'il est le produit d'un véritable écheveau contractuel, le service de la nouvelle économie doit être délivré de façon continue au client final. Si une difficulté intervient entre les cocontractants, elle doit être traitée rapidement, sans que le client final n'ait à en subir le moindre effet. En pratique, la solution reposerait, d'une part pour prévenir, sur des « contrats miroirs » de garantie entre fournisseur et hébergeur, et d'autre part pour guérir, sur des clauses de médiation et d'arbitrage.

A défaut de telles prévisions, l'exception d'inexécution (C. civ., art. 1219 nouv.) ou la suspension de l'exécution (C. civ., art. 1220 nouv.) permettront, toujours avec le même souci de célérité, d'arrêter préventivement les effets du contrat. Comme l'ont rappelé, **Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl** et **Maître Sena Agbayissah**, en vertu de ces dispositions légales, le temps de l'exécution – un temps nécessairement bref dans la nouvelle économie – ne devrait pas pouvoir se diluer dans celui de l'inexécution.

Encore faut-il pouvoir substituer de nouveaux partenaires économiques aux anciens. A cet effet, **Monsieur François Dessault** considère qu'il est vain de vouloir tout prévoir. Il évoque l'efficacité et la rapidité avec laquelle les comités de médiation et de suivi contractuels permettent de réagir quand surviennent des difficultés. Par leur flexibilité, ces instruments de pilotage du contrat donnent une grande liberté de réaction aux parties et leur permettent, au cas le plus fréquent, d'anticiper les conflits.

A défaut, en amont du conflit, les médiations « short time » ou le recours à un arbitre unique, intervenant dans une procédure d'urgence en qualité d'amiable compositeur, en équité, permettent d'éviter le morcellement procédural et les conflits de lois qui sont inhérents aux groupes de contrats internationaux qui donnent sa consistance à la nouvelle économie.

La rapidité concerne en troisième lieu les clients et les consommateurs.

Le net, la toile, étant sans frontière, les entreprises qui y commercent sont tenues d'y concentrer l'information pour informer les consommateurs en temps réel. Pour **Monsieur François Dessault**, le paradoxe de la nouvelle économie consiste à obliger les entreprises à localiser de façon dématérialisée leur clientèle et les cocontractants situés à distance pour les faire tous bénéficier dans les meilleurs délais des informations les plus récentes concernant les produits ou les services.

En quatrième et dernier lieu, la rapidité concerne les praticiens. **Madame Marie Danis, avocate associée, August & Debouzy**, a ainsi mis en évidence la façon dont les grands cabinets d'avocats étaient amenés à adapter leur environnement de travail en intégrant des équipes d'experts, des informaticiens pour se dédier dans les meilleurs délais à l'accompagnement de contentieux spécialisés.

Pour **Maître Alain Bensoussan**, en raison de ce même impératif de rapidité, le droit et ses praticiens traditionnels s'effacent au bénéfice du technicien, voire de techniques déshumanisées. Le débat juridique est ainsi transféré vers une expertise qui doit être délivrée sans délai. L'electronic discovery et l'utilisation des métadonnées sont ainsi devenus les nouvelles clés de la stratégie contentieuse. La puissance technologique s'invite dans le débat judiciaire. L'avocat s'adapte déjà à la nouvelle économie en empruntant les instruments et les techniques contractuelles. L'ordinateur peut, en effet, concentrer tous les instruments d'une démonstration juridique. Une image valant mille mots, les meilleurs orateurs résistent difficilement à l'utilisation de ces nouvelles technologies. Lorsque le siège de l'arbitrage est situé aux Etats-Unis, l'utilisation de plus en plus fréquente de fichiers powerpoint, d'images et de films, le recours à des scénaristes issus de grands studios ou du monde de la publicité, conduisent à s'interroger sur l'égalité des armes procédurales, sur le respect du principe du contradictoire et sur les conditions du maintien du droit à un procès équitable..

Il conviendrait, toujours selon **Maître Alain Bensoussan**, de définir un cadre déontologique spécifique à l'utilisation de l'informatique et des nouvelles technologies dans le procès.

En conclusion, on comprend que sous l'impulsion de la nouvelle économie, les échanges s'accélèrent créant un besoin accru de sécurité. Le droit s'adapte notamment avec la réforme du droit des contrats. Le recours aux techniques de l'arbitrage et de la médiation s'en trouve renouvelé. La révolution technologique gagne elle-même la conduite du procès et invite ainsi à repenser rapidement les garanties procédurales : un nouveau chantier s'ouvre pour les instituts d'arbitrage et les centres de médiation qui devront repenser en ce sens leur règlement respectif.