

TABLE RONDE - conTentieux

Dans les locaux du cabinet d'avocats Archers **Le 16 Janvier 2019**



Retour sur l'efficacité de notre arsenal juridique et procédural



Évolutions récentes du contentieux, articulation de la protection du secret des affaires avec les procédures 145 du CPC ou le whistleblowing... Huit experts reviennent pour nous sur les faits marquants de 2018 et les grands enjeux des contentieux à venir.

Photographie : Philippe Castaño

Marie Bernard : Je vous propose de commencer par les évolutions observées en matière de contentieux. Président Lelièvre, à vous l'honneur.

M. Le Président Yves Lelièvre : Premier constat, la France est une société conflictuelle. L'esprit Français est très porté sur le conflit. Qui dit conflit dit contentieux. Les autres modes de résolution des différends ne sont pas suffisamment développés. Seconde tendance, depuis quelques années, on constate une baisse du nombre des contentieux devant les tribunaux de commerce. Chaque année, depuis au

moins cinq ans, lors des audiences solennelles la question revient : pourquoi observons-nous une baisse régulière du contentieux ? On avance, notamment, en guise de réponse une diminution du contentieux dit « de masse ». Nous avons par le passé, par exemple, beaucoup de contentieux avec les assurances.

D'autre part, les entreprises, au lieu d'aller directement au contentieux, commencent à se diriger vers la voie transactionnelle. Mais ces évolutions n'expliquent pas la totalité de la baisse des affaires portées devant les tribunaux. La mé-

diation, certes, se développe, mais lentement ! À votre question je réponds par une autre, à quoi correspond cette baisse ?

Elisabeth Duval : En tant que directeur du contentieux chez un SFR, j'ai traité des contentieux en nombre. Face aux recours des clients grands publics qui attaquaient leur opérateur par exemple parce qu'ils trouvaient leur facture trop élevée ou qu'ils ne la comprenaient pas, le mot d'ordre dans mon équipe était toujours la recherche de la transaction. Nous évitions d'aller au tribunal pour des petits montants.

Yves Lelièvre



- Ancien Président du Tribunal de commerce de Nanterre (1997 2015) et ancien Président de la Conférence générale des juges consulaires de France (2013 2016), Yves Lelièvre cumule une vingtaine d'années d'expérience dans les contentieux des affaires.
- Précédemment, il a exercé comme Conseiller du commerce extérieur de la France (1984 2000). Fort de ses différentes expériences, il est également enseignant à la faculté de droit de Tours, à l'Institut des relations internationales (ILERI), à Paris X Nanterre et il a été membre du conseil d'administration de l'Ecole Nationale de la Magistrature (2010 2013) et de l'IHEJ.
- Yves Lelièvre est Chevalier dans l'Ordre national de la Légion d'honneur, il est Médiateur près la Cour d'appel de Paris et la Cour d'appel de Versailles.

Olivier Bénureau : L'enjeu réputationnel influence-t-il la décision d'aller en justice ?

Elisabeth Duval : Dans certains cas, défendre ses intérêts n'est pas répréhensible, mais ce n'est économiquement pas viable. On ne cherche pas tant à défendre sa réputation qu'à garder son client. Quand on attaque son client, on ne le garde pas. Nous avons toujours essayé de résoudre le conflit par la transaction. J'ai travaillé sur d'autres types de contentieux, nous avons toujours tenté de trouver un accord. Au Tribunal, nous avons réussi à transiger des contentieux à 40 millions d'euros. Lors d'un litige, un juge nous a proposé une conciliation. Je n'y croyais pas, mais ça a marché. Nous avons gardé notre fournisseur et avons même fait du business ensemble par la suite, dans des conditions très particulières. Les entreprises cherchent

des terrains d'entente avant d'aller se battre. Je ne parle pas des grands contentieux concurrence que Marie Hélène a connus. Ces litiges portant

“Notre société est trop marquée par le conflit. Apprenons à régler nos différends par la voie amiable.”

Yves Lelièvre

notamment sur le positionnement de l'entreprise sont éminemment politiques ; dans ce cas, la transaction ne fonctionne pas. Le groupe dans lequel je travaille aujourd'hui a 35 filiales dont une trentaine à l'étranger. Nous avons peu de contentieux car nous faisons en sorte de s'entendre en cas de

différend. Nous ne fonctionnons pas sur un mode agressif.

Marie-Hélène Huertas : Depuis quelques années, on assiste à l'apparition de la médiation sectorielle dans les très grandes entreprises : banque, assurance etc. Certains contentieux sont effacés par cette médiation. Il s'agit de ceux qui ne sont pas sensibles ni très importants financièrement pour l'entreprise mais qui risquent, en revanche, de mettre en jeu son image.

Antony Martinez : Il paraît difficile de nier que nos clients acceptent de moins en moins la longueur des procédures judiciaires, souvent incompatibles avec le temps des affaires. Fréquemment, leurs choix juridiques répondent à des exigences de trésorerie et de résultat. La médiation est une solution que nous devons proposer afin de répondre à de



Antony Martinez

- Antony Martinez est associé et managing partner au sein du cabinet parisien Archers. Avocat aux barreaux de Paris et New York, Antony assiste des groupes français et internationaux dans le cadre de leurs contentieux complexes devant les juridictions françaises et européennes. Il met par ailleurs son approche consensuelle et sa pratique de la médiation au service des acteurs du private equity pour faciliter la résolution amiable de différends nés des relations entre fonds et investisseurs.
- Formé à l'école judiciaire, Antony plaide régulièrement devant les juridictions commerciales pour assurer la reprise d'entreprises en difficulté ou représenter des créanciers dans le cadre de procédures judiciaires liées aux opérations de restructuring.
- Il est co-fondateur et membre du conseil scientifique du comité de suivi de la réforme du droit des obligations constitué sous l'égide de l'AFFIC.

telles exigences. D'expérience, l'échec de certaines procédures de médiation résulte du fait qu'elles sont lancées trop tardivement.

L'enjeu pour nous avocats est de faire en sorte que les contrats incluent des clauses permettant l'identification et la qualification des risques le plus en amont possible afin de permettre aux parties de déterminer très vite les enjeux qui en découlent au regard de leurs objectifs respectifs. Cette prise de conscience doit inciter les parties à aborder les problèmes au bon moment.

Olivier Bénureau : On assiste depuis une dizaine d'années à l'émergence de nouveaux types de contentieux générés par l'économie collaborative. Antony, vous suivez de près certains acteurs du secteur, que pouvez-vous nous en dire aujourd'hui ?

Antony Martinez : L'émergence des plateformes numériques alimente une

nouvelle forme de contentieux. Pour l'instant, malgré les efforts du législateur, ces nouveaux opérateurs jouent la carte de la zone grise pour rendre difficile l'engagement de leur respon-

“La cour de cassation a déjà eu l'occasion de montrer que le recours aux mesures d'instruction prévues par l'article 145 du CPC pouvait être bien plus efficace que la discovery tant redoutée.”

Antony Martinez

sabilité. On assiste à la naissance d'un contentieux prolix à l'encontre des plateformes les plus connues : Uber,

Airbnb et de manière encore plus médiatique Facebook. Nous serons amenés à le traiter devant toutes les juridictions, devant les juridictions de proximité pour les petits litiges et, pour les problématiques beaucoup plus fines qui ébranlent les édifices construits par leurs directions juridiques, nous sollicitons les juridictions civiles, commerciales et pénales voire les instances européennes. Pour l'heure certains prônent un vide juridique. On ne saurait pas où commencerait leur responsabilité et où elle se terminerait. Une certitude les concernant : la distinction entre le statut d'éditeur et celui d'hébergeur n'est plus adaptée à l'activité réelle de ces plateformes. Une société telle qu'Airbnb ne peut plus soutenir qu'il est un simple « hébergeur ». L'hébergeur héberge des données à la différence de l'éditeur qui intervient sur le contenu du site. Cette distinction n'a plus lieu d'être. Ces plateformes numériques devraient relever du statut d'éditeur et endosser la responsabilité du contenu de leur site.

Marie-Hélène Huertas

- Marie-Hélène Huertas est avocate au sein du cabinet Lombard Baratelli et associés. Jusqu'en 2017, elle était directrice Concurrence, Éthique du groupe Vivendi qu'elle avait intégré en 1998.
- En 1999, elle entre au Tribunal de Commerce de Paris et préside la chambre « Droit des Sociétés ». Elle participe, depuis 2006, aux Ateliers de l'AFEP et du Medef où elle préside le groupe de travail sur la réforme des tribunaux de commerce. En octobre 2014, elle est élue présidente de l'AFFIC, association qui regroupe tous les métiers qui œuvrent pour les Tribunaux de commerce. En 2016, elle conçoit et met en œuvre le mastère Régulation et Compliance de l'école des Hautes Etudes appliquées au Droit dans lequel elle enseigne la compliance.
- Elle est chevalier de l'ordre national du mérite et présidente de chambre honoraire du Tribunal de Commerce de Paris.



Hortense de Roux : L'économie collaborative va sûrement faire bouger les lignes mais pour moi, une des grandes tendances en matière de contentieux est que nous sommes devenues une véritable société du risque, s'éloignant du réflexe belliqueux par principe. Les entreprises françaises ont compris que la gestion du risque était centrale. La manière dont les entreprises gèrent le risque contentieux peut même influencer sur leur valorisation. Naturellement, certains contentieux sont inévitables car ils résultent de positions de place qu'il faut prendre ou tenir, c'est souvent le cas dans les affaires de concurrence déloyale. Mais en matière de contentieux, le dommage de l'un est le profit de l'autre. Dans cette gestion du risque, parfois mieux vaut trouver une bonne solution et l'avocat contentieux doit avoir un rôle moteur...

Olivier Bénureau : Hortense, face à cette évolution, quelles tendances observez-vous en matière de droit des consommateurs ?

Hortense de Roux : S'agissant des consommateurs, la problématique est toute autre que pour les entreprises, on constate une inflation législative mais de réelles difficultés d'applica-

“Nous aurons du poids lorsque nous pourrons dire aux non-Européens : « si vous n'êtes pas compliant avec nous, vous ne travaillerez plus sur le marché européen !”

Marie-Hélène Huertas

tion. Ainsi, en 2018, la Commission européenne a lancé une série de mesures en faveur des consommateurs européens avec notamment une action collective facilitée, nous verrons ce que

cela va donner. Un exemple particulièrement éclairant est celui de l'obsolescence programmée, à laquelle je me suis intéressée lorsque les premiers contentieux ou menaces de contentieux sont arrivés en France. C'était il y a près de deux ans. L'arsenal législatif est très bien, mais sa mise en œuvre est difficile. C'est la preuve impossible en matière d'obsolescence programmée ! Vous ne parviendrez jamais à démontrer que telle entreprise a fait en sorte que son grille-pain ne fonctionne plus au bout de 25 mois, une fois la garantie expirée.

Marie Bernard : Élisabeth Duval, quelles tendances observez-vous en matière d'arbitrage ?

Élisabeth Duval : On constate, en matière de contentieux, une forte sollicitation de l'arbitrage international. Il trouve son utilité et sa place dans l'ensemble des contentieux.



Elisabeth Avril

- Elisabeth Avril est associée Forensic, Litiges et Investigations chez Deloitte.
- Elle conduit des missions d'investigation et d'expertise indépendante en France et à l'international, avec des spécialités variées :
 - ➔ criminalité financière,
 - ➔ whistleblowing,
 - ➔ due diligence anti-corruption,
 - ➔ discovery,
 - ➔ comptabilité,
 - ➔ contrôle interne,
 - ➔ programmes de compliance...
- Elisabeth Avril est inscrite sur la liste des experts près la cour d'appel de Versailles. Elle témoigne également en tant qu'expert dans le cadre d'arbitrages internationaux.

Elisabeth Avril : Le développement de l'arbitrage international est une explication structurelle à la diminution des contentions judiciaires. Il sera intéressant d'observer comment l'activité de la Chambre Internationale du Tribunal de Commerce de Paris évolue dans les années qui viennent.

Marie-Hélène Huertas : Une chambre de droit international a toujours existé au Tribunal de Commerce de Paris. Cependant, aujourd'hui, la Chambre Internationale du Tribunal de Commerce de Paris bénéficie d'une certaine médiatisation spécialement grâce aux travaux de l'association « Paris place de droit »... Où se situera la place de droit de référence en Europe ? Avec le prochain Brexit, cette question est devenue cruciale.

Président Lelièvre : La Place de Paris doit jouer un rôle de tout premier plan

dans le développement du droit, non seulement européen, mais aussi international. Ce développement concerne

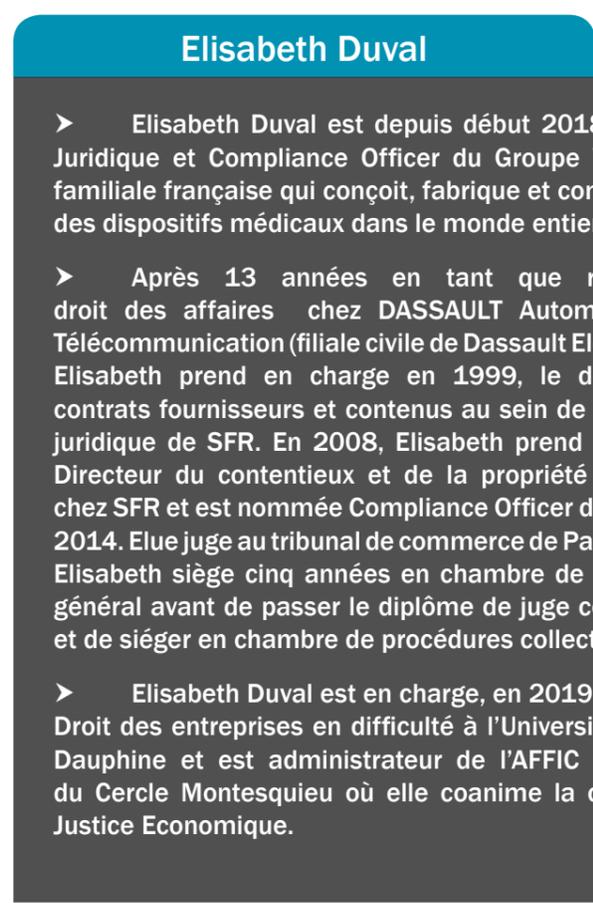
“Les directions générales ont un dialogue de bonne qualité avec les équipes compliance et développent des stratégies pragmatiques et intelligentes.”

Elisabeth Avril

l'arbitrage, mais aussi les tribunaux. En fonction des dossiers, les plaidoiries peuvent se faire dans une langue autre que le français mais quid du ju-

gement en première instance, en appel et en cassation, si nous ne sommes pas en capacité de rendre un jugement conforme aux impératifs juridiques internationaux et anglo-saxons ? Les évolutions en cours, notamment, à Paris, tant au Tribunal de commerce, qu'au TGI ou devant la Cour d'appel constituent une avancée importante mais ne règlent pas tous les problèmes de la Place de Paris.

Antony Martinez : Je partage pleinement ce point de vue. La récente naissance de la chambre internationale de la cour d'appel de Paris jouera un rôle essentiel dans l'appréhension par nos juridictions des conflits internationaux. Indépendamment de « Paris place du droit », Paris est de nouveau un lieu de résolution des conflits. La capitale est identifiée comme un lieu de résolution des grands conflits internationaux par les très grands cabinets



Elisabeth Duval

- Elisabeth Duval est depuis début 2018, Directeur Juridique et Compliance Officer du Groupe Vygon - ETI familiale française qui conçoit, fabrique et commercialise des dispositifs médicaux dans le monde entier.
- Après 13 années en tant que responsable droit des affaires chez DASSAULT Automatismes et Télécommunication (filiale civile de Dassault Electronique), Elisabeth prend en charge en 1999, le département contrats fournisseurs et contenus au sein de la Direction juridique de SFR. En 2008, Elisabeth prend le poste de Directeur du contentieux et de la propriété industrielle chez SFR et est nommée Compliance Officer du groupe en 2014. Elue juge au tribunal de commerce de Paris en 2011, Elisabeth siège cinq années en chambre de contentieux général avant de passer le diplôme de juge commissaire et de siéger en chambre de procédures collectives.
- Elisabeth Duval est en charge, en 2019, du module Droit des entreprises en difficulté à l'Université de Paris-Dauphine et est administrateur de l'AFFIC et membre du Cercle Montesquieu où elle coanime la commission Justice Economique.

d'arbitrage international. Les grands conflits d'investissement, les conflits liés aux accords sont de plus en plus réglés en France. Développer dans nos juridictions des formations capables d'appréhender une documentation anglaise est une bonne initiative. La barrière de la langue était un premier obstacle pour nous, praticiens. Tous se réfugiaient derrière l'historique édit de Villers-Cotterêts pour prétendre que la documentation devant les juridictions françaises devait être en français. Mais si le contentieux financier international arrive devant nos juridictions françaises en même temps que les grandes banques anglo-saxonnes qui fuient les effets du Brexit, la loi applicable n'en sera pas pour autant pas la loi française. Il s'agit bien souvent de la loi anglaise s'agissant de la documentation bancaire ou de la loi américaine, généralement celle de l'état de New York ou du Delaware, pour les transac-

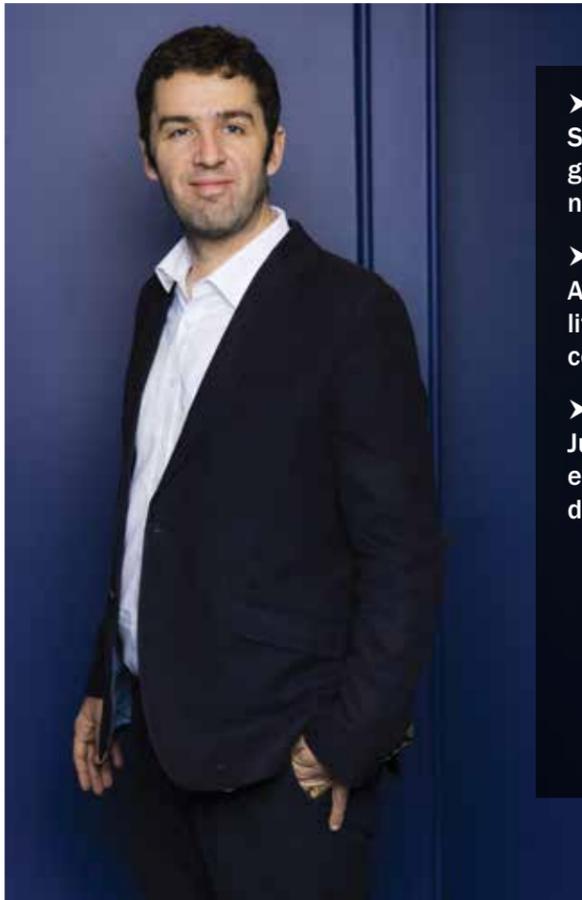
tions M&A. Nous devons avoir des juges disposant d'une connaissance des concepts pratiqués dans ces juridic-

“Quand on attaque son client, on ne le garde pas. Nous avons toujours essayé de résoudre le conflit par la transaction.”

Elisabeth Duval

tions capables d'appréhender ce droit. C'est toute l'ambition des chambres internationales implantées dans nos juridictions.

Marie-Hélène Huertas : Dire que l'on va porter un litige devant le Tribunal de Commerce de Paris quand on rédige le contrat est facile. Mais abandonner la *Common Law* est une autre affaire. Les Américains et les Anglais sont très fermes, ils ne veulent absolument pas abandonner leurs règles ni leur procédure. Pour eux, les contrats sont faits pour le contentieux selon les fondements juridiques du droit anglo-saxon. Pour l'adapter au droit français, il faudrait donc changer toute la forme du contrat : mots, expressions. En droit anglais, le *Precedent Case* est la référence, non le code. Aujourd'hui, quand on me demande de regarder un contrat, je regarde quel est le droit applicable car tout le contrat est rédigé en fonction de ça. S'il est rédigé sur le fondement du droit anglo-saxon, je refuse de donner une *Legal opinion*. Non pas parce que le contrat est rédigé en anglais et qu'on va parler en anglais



Thomas Saint-Aubin

- Thomas Saint-Aubin est le fondateur et le CEO de Seraphin.Legal, un studio Legal Tech qui accompagne globalement le monde juridique dans sa transition numérique.
- Co-fondateur de plusieurs Legal tech dont Fast-Arbitre.com, solution pour l'arbitrage en ligne des petits litiges B2B, il est également actuellement président du consortium eJustice.
- Enseignant et chercheur à l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, ses recherches s'articulent essentiellement autour de la gouvernance juridique des données.

à l'audience. Mais parce que les termes du contrat, l'objet du litige sont régis par des fondements juridiques anglo-saxons pour lesquels je n'ai pas une compétence suffisante.

Romain Lobstein : Le droit est une arme économique utilisée par les États-Unis pour maintenir leur suprématie. Leur loi permet d'intervenir de façon extraterritoriale, avec des points de rattachement définis de façon si large qu'en pratique leur loi devient applicable dans la quasi-totalité des affaires... Tel a été le cas notamment dans les affaires ayant concerné des multinationales comme Total, BNP Paribas, ou Siemens pour des transactions sans lien direct ni apparent avec les États-Unis. Afin d'éviter des poursuites aux États-Unis, ces entreprises ont dû passer des accords avec le Département de la Justice et acquiescer à des amendes très significatives à ce

titre. D'autres exemples sont fournis par les acquisitions par des entreprises

“Nous savons tracer le contentieux de l'entreprise sur tous les continents et scorer sa réputation.”

Thomas Saint-Aubin

américaines d'Alstom ou de Technip alors qu'elles étaient sous la menace d'actions judiciaires aux États-Unis, ou par la décision de Peugeot d'arrêter tout commerce avec l'Iran qui constituait pourtant un marché significatif et stratégique pour cette marque. Tous ces exemples illustrent concrètement le rôle de la loi comme un facteur de suprématie et comme « arme » dans la

compétition économique internationale. Pour poursuivre le propos d'Anthony sur « Paris place du droit », l'existence d'une grande place de juridiction représente un enjeu économique notable pour chaque pays. Au-delà de cet enjeu, la faculté pour un pays de faire retenir sa loi nationale comme loi applicable constitue une des composantes de la souveraineté et de la puissance économique d'une place, d'un pays, et d'une zone économique comme l'Europe.

Thomas Saint-Aubin : Dans nos expériences de déploiement de technologies ODR (Online Dispute Resolution), nous avons relevé que certaines entreprises françaises présentes en Afrique, et même des acteurs économiques locaux, veulent avoir recours au droit français, via des plateformes d'arbitrage, et à des arbitres français. Le droit local n'est pas accessible et

Hortense de Roux

- Hortense de Roux est associée du cabinet Ashurst à Paris, en charge du département contentieux des affaires. Spécialisée en contentieux civil et commercial, elle assiste ses clients dans le cadre de problématiques contractuelles, de risques industriels, responsabilité civile, responsabilité produit, lutte contre la corruption et de droit pénal des affaires dans divers secteurs tels que notamment la distribution, la chimie, l'informatique, l'énergie et la finance.
- Hortense intervient pour des clients français et internationaux en précontentieux et les représente devant les différentes juridictions françaises. Elle a développé au cours des dernières années une grande expertise de la procédure française, tant en matière civile que commerciale, ainsi qu'une expérience significative de la gestion de contentieux internationaux complexes.
- Hortense a été nommée "Juriste de l'année" en 2018 par HEC et nommée par l'Acritas Stars Survey 2018.



donc non suffisamment sécurisant pour les investisseurs. Des chambres de commerce nous disent : « donnez-nous nos plateformes françaises, mettez des clauses compromissoires et amenez-nous vos arbitres français et vos technologies ».

Marie-Hélène Huertas : La culture de l'Afrique de l'Ouest est essentiellement francophone. En Afrique de l'Est le discours est anglophone, plus favorable à la *Common Law*.

Marie Bernard : Thomas, comment est utilisée la technologie en droit des affaires aujourd'hui ?

Thomas Saint-Aubin : Dans cette compétition « droit latin versus *Common Law* », les cabinets américains ont l'habitude depuis très longtemps d'utiliser la *Discovery*. Ils utilisent aussi massivement ab initio la technologie

dans la vie des affaires. La France et l'Europe sont engagés dans un mouve-

“Dans cette gestion du risque, parfois mieux vaut trouver une bonne solution et l'avocat contentieux doit avoir un rôle moteur.”

Hortense de Roux

ment d'ouverture des données liées au contentieux. Aujourd'hui en France, 7 millions de décisions sont récupérées par certaines start-up, de manière légale ou non - nous le saurons bientôt. LexBase compte 4 millions de décisions. Lorsque la loi pour une Répu-

blique numérique sera appliquée, la chancellerie intégrera la quasi-totalité des décisions du fond dans Portalis. Dès qu'un juge de première instance aura prononcé une décision, elle sera « anonymisée » et accessible. Nous aurons 20-25 millions de décisions disponibles pour nourrir la technologie. Des acteurs de l'Intelligence Artificielle comme le Watson d'IBM aimeraient progresser en droit romain mais les données restent insuffisantes. Avant d'installer des solutions Legal-tech et les déployer auprès des juristes, j'interroge nos clients avocats et directions juridiques sur leur patrimoine informationnel. Celui-ci reste encore très insuffisamment appréhendé et recensé pour que l'utilisation de technologies soit réellement pertinente. Par exemple, les logiciels destinés à la justice prédictive ou au contract management sont particulièrement pertinents lorsqu'ils sont utilisés dans un

Romain Lobstein

- Expert judiciaire près la Cour d'appel de Paris et les Cours administratives d'appel de Paris et de Versailles depuis 2011, Romain Lobstein intervient tant en qualité d'expert désigné par les juridictions qu'en qualité de conseil à la demande des parties pour estimer le montant d'un préjudice économique de toute nature, ainsi que pour déterminer la valeur d'une entreprise, d'actifs, ou de fonds.
- Ses principaux domaines d'intervention sont les contentieux commerciaux, les contentieux d'acquisition, les pratiques anticoncurrentielles, l'arbitrage, les litiges entre actionnaires, les contentieux fiscaux ainsi que les règlements amiables et les procédures collectives.
- Par ailleurs, son expérience antérieure d'investisseur dans le non-coté lui donne régulièrement l'occasion d'apprécier des plans d'affaires, d'assister des entreprises dans leurs acquisitions, ou d'intervenir dans des dossiers de private equity.
- Romain Lobstein est associé du cabinet Abergel & Associés, cabinet d'experts judiciaires économiques indépendants.



environnement en capacité de fournir de la legal data structuré. Si la data n'est pas disponible, l'expérience peut-être « déceptive »... La création d'un Legal Data Lake est donc souvent un pré-requis et nous n'avons pas la même culture que le monde des affaires US qui à l'habitude de tout tracer... Ne pensez-vous pas que, lorsque toutes les décisions de justice seront disponibles en open data, la *legaltech* deviendra un argument de compétitivité ?

Hortense de Roux : L'accès aux statistiques pourra peut-être encourager certaines personnes à faire le choix du droit français. On constate toutefois des différences culturelles très importantes en matière de procédure et non pas uniquement sur le droit applicable. Je me suis récemment rendue à Londres pour rappeler à mes collègues d'Ashurst les grandes différences entre nos systèmes juridiques. Lorsqu'on évoque les règles processuelles de communication de pièces, on se heurte à

deux cultures fondamentalement différentes. Eux, connaissent la *disclosure* qui est proche de la *discovery* américaine, alors que nous, nous restons sur notre principe de communication volontaire des éléments dans un dossier.

“La faculté de voir sa loi nationale applicable est une des composantes de la souveraineté et de la puissance économique d'un pays.”

Romain Lobstein

Aussi avec des données statistiques, nous pourrions, sûrement, rassurer sur le fait que le droit français ne donne pas lieu à des décisions purement aléatoires, nos textes étant interprétés d'une manière cohérente au fil du temps bien

que nous n'ayons pas la culture du précédent à l'anglo-saxonne. En revanche, la procédure, colonne vertébrale de tout système judiciaire, restera différente d'un pays à l'autre.

Marie-Hélène Huertas : La *class action* est appliquée en France sous le nom d'action de groupe depuis 4-5 ans. Nous avons connu plus ou moins 17 affaires, dont une grande majorité s'est soldée par une irrecevabilité. La *class action* ne correspond pas aux normes du droit français, qui avait créé le mandat de représentation conjointe. Nous avons des outils, améliorons-les, mais il est toujours dangereux de calquer! L'Europe voulait une *class action*. La loi est désormais applicable en France, mais est peu utilisée. Même chose avec l'article 145 du CPC et le *whistleblowing*.

Hortense de Roux : Peut-être l'importation de ces mécanismes du droit anglo-saxon fonctionnera mieux avec



l'action collective de consommateurs que la Commission appelle de ses vœux.

Marie Bernard : Quelles sont les innovations de la *legaltech* en matière de contentieux ?

Thomas Saint-Aubin : Nous savons aujourd'hui tracer l'ensemble du contentieux d'une entreprise. J'étudie depuis deux ans le contentieux de la Propriété Intellectuelle (PI). Nous avons créé une base de données mondiale appelée *Case IP*. Nous pouvons désormais croiser tous les titres de propriété : brevets, marques... Nous savons tracer le contentieux de l'entreprise sur tous les continents et scorer sa réputation. Ces informations sont utiles en termes d'analyse, d'aide à la décision, pour les gros partenariats avec les fournisseurs... Il est possible de croiser les données sur une entreprise, mais aussi sur un domaine d'activité. Cette intelligence artificielle est utilisée par les départements R&D. Certains l'utilisent pour orienter leurs travaux en prenant en compte la matière contentieuse dans un domaine

d'innovation. Le contentieux devient ainsi un instrument de business en bout de chaîne. Certaines directions juridiques prennent conscience qu'elles aussi peuvent innover. Nombre d'entreprises viennent nous chercher pour faire de l'ODR sur mesure et digitaliser le processus de contentieux ou utiliser le *legal design* pour traiter les contentieux les plus récurrents dans une plateforme de médiation et d'arbitrage. La distanciation de l'écran et le *legal design* de la technologie deviennent une sorte de tiers au litige, un médiateur. Elle permet de prendre du recul et d'y revenir, de consulter des précédents... Il s'agit d'une tendance lourde. Nous avons tenté d'encourager cette utilisation en matière de droit social, droit des affaires et PI. Une théorie dit que les contrats conclus en ligne doivent se résoudre en ligne...

Marie Bernard : Que pensez-vous de la nouvelle loi définissant le Secret des affaires ?

Antony Martinez : Tout comme la loi encadrant le *whistleblowing*, il nous a fallu mettre en place en France un

cadre juridique plus respectueux de la norme européenne. Ce « nouvel arsenal juridique » apparaît pour certains comme une arme permettant de repousser les assauts des entreprises américaines exerçant une concurrence agressive et déloyale sur le territoire français. Certains ont dit que la définition du secret des affaires était trop large, d'autres trop restrictive. Enfin... Il nous a fallu nous y prendre à cinq fois sur les vingt dernières années pour obtenir un texte protecteur du secret des affaires. Il n'est pas parfait, mais a le mérite d'exister. Tout comme nous, nos assaillants devront le prendre en considération et essayer d'anticiper les incidences concrètes de son intégration dans notre droit. Notamment, la Cour de Cassation regardera-t-elle sa jurisprudence sur le référé probatoire différemment parce que le secret des affaires a été érigé au rang de norme légale ? Avant le vote de la loi « Secret des affaires », sa position consistait à juger que ni le secret des affaires, ni le secret professionnel ne constituait un obstacle à la mise en œuvre des mesures ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Le



on ne souhaite pas sa communication. Il sera également possible d'obtenir des jugements en partie confidentiels. Il s'agit d'une véritable avancée.

Elisabeth Avril : Je comprends qu'il est nécessaire de pouvoir justifier de mesures de protection raisonnables. Les entreprises ont engagé depuis plusieurs années des réflexions sur les niveaux de confidentialité de leurs informations, il va falloir désormais justifier d'un processus structuré.

Marie Bernard : Quels sont vos retours d'expérience sur l'article 145 du CPC ?



seul obstacle était, selon la haute cour, le secret de la correspondance entre un client et son avocat. Devons-nous considérer que, parce que le secret des affaires est légal, la Cour de Cassation va devoir l'ériger en rempart du référé probatoire ? Le secret professionnel, légal et dont la violation est pénalement sanctionnée, ne constituait pas un obstacle, la question reste donc ouverte.

Hortense de Roux : La mise en œuvre du décret du 11 décembre 2018 va être intéressante et aura très rapidement des implications, notamment en matière de procédure fondée sur l'article 145 du CPC. En effet, le décret va nous aider, nous praticiens pour la levée du séquestre. Séquestrer les éléments saisis afin d'organiser leur mise à disposition pour éviter toute atteinte au secret des affaires, à la vie privée... est une pratique répandue – systématique devant le Tribunal de commerce de Nanterre – qui est désormais consacrée par le texte. Le magistrat pourra maintenant l'imposer s'il le souhaite. Une fois prononcé, souvent se posait la question de l'organisation concrète de la levée du séquestre. Comment ? En présence de qui ? Le décret donne un véritable mode d'emploi. Il sera possible de transmettre un mémoire au magistrat précisant pourquoi tel document est confidentiel et pourquoi

Marie-Hélène Huertas : À Nanterre autant qu'à Paris, le juge chargé des requêtes est soigneusement choisi pour son expérience et son ancienneté. On sait en effet que l'ordonnance sur requête est souvent un piège ! Elle n'est pas soumise au principe du contradictoire. Les juges reçoivent donc une formation sur la décision et la rédaction d'une ordonnance « article 145 ». L'enjeu pour le juge, dans ce type d'affaires, consiste à cerner d'une manière très précise la mission. En tant que juriste d'entreprise, j'en ai vu passer un certain nombre qui étaient rédigées de façon trop large ! Cette mission du juge, les avocats et les clients doivent également la contrôler !

Président Lelièvre : L'article 145 est un sujet très sensible. Un jour, en tant que président du Tribunal de Commerce de Nanterre, j'ai décidé de réunir les avocats les plus impliqués. Certains demandaient un 145 pour un client et venaient, avec la même assurance, s'y opposer quelques jours plus tard pour un autre client. Nous avons pris nos responsabilités et fixé des règles de fonctionnement pour éviter que cela ne parte dans tous les sens.

Elisabeth Duval : Lorsque j'exerçais comme directeur du contentieux, il m'est arrivé de recevoir un huissier brandissant un 145 ! La rédaction de l'ordonnance était beaucoup trop large et rien n'était vraiment clair. J'ai refusé de les laisser rentrer. Ils sont ensuite revenus et nous avons accepté de leur communiquer certaines informations. Celles-ci ont été mises sous séquestre à notre demande.

Hortense de Roux : De temps en temps, nous faisons des procédures probatoires fondées sur l'article 145 du CPC chez nos propres clients pour recueillir des éléments dans le cadre de procédures liées à la compliance. Nous allons, de cette manière, récupérer de l'information de manière légale, judi-



ciairement irréprochable. Cela fonctionne très bien.

Elisabeth Avril : Il existe une vraie difficulté technique autour de ces questions de saisie et d'accès aux données numériques. Nous le constatons tous les jours quand nous conduisons une investigation. Nous démarrons avec un objectif et un programme de travail mais il est indispensable de l'orienter en permanence pour aller là où sont les sujets intéressants. Il est compliqué de cibler au démarrage de manière étroite et correcte le contenu d'une ordonnance visant à collecter des données numériques. On ignore comment les données sont organisées et quels sont les systèmes effectivement utilisés par l'entreprise.

Hortense de Roux : Un vrai travail technique doit être effectué en amont. Les avocats doivent se faire aider de techniciens.

Elisabeth Avril : Avec les meilleurs techniciens, on peut obtenir une mesure très bien rédigée, mais sans avoir eu accès à la réalité, on peut passer complètement à côté des données importantes. Lorsqu'on est en position de défense, on apprécie probablement ! Il est indispensable d'envisager différents



scenarios dans l'organisation des données de l'entreprise ou d'être autorisés à réaliser des collectes raisonnablement larges.

Thomas Saint-Aubin : Je pense que le RGPD a permis une première prise de conscience de par les entreprises de la réalité de leur patrimoine informationnel. Avec la protection du secret des affaires, on consacre une sorte de "protection de la vie privée des entreprises". Les entreprises, notamment les banques, nous demandent d'appréhender juridiquement ce patrimoine informationnel. A partir du moment où chaque donnée entrera dans une



catégorie juridique, que l'on implémentera une couche de métadonnées juridiques sur le SI et que la production data sera tracée, on aura surmonté la problématique de la saisie et d'accès aux données numériques : il y aura alors des conséquences importantes sur le contentieux des affaires et des évolutions procédurales comme la perquisition numérique...

Marie Bernard : Quelle est l'efficacité réelle d'une procédure 145, en quoi est-elle différente de la *discovery* ?

Antony Martinez : En droit comparé, la *pre-trial discovery* est fréquemment désignée comme une procédure redou-



table de laquelle on doit se méfier et qu'il ne faudrait surtout pas importer en France, tout comme le prétendaient les détracteurs de la *class action*. Dans les pays anglo-saxons, cette procédure est pourtant utilisée en vue d'éviter le procès. Cet instrument contraint les parties à être transparentes sur leurs moyens de preuve. Certaines vont résister, mais les juges ont les moyens de les faire coopérer sous peine de sanctions très lourdes. S'ils y parviennent, tous les éléments du litige sont sur la table. Les parties se regardent droit dans les yeux et se demandent si elles ne prennent pas un risque trop important financièrement en portant leur litige devant une juridiction prévoyant le recours à un jury populaire. Aux États-Unis, et contrairement aux idées reçues, la grande majorité des affaires importantes sont transigées avant tout recours au procès. La *discovery* participe pleinement à ce résultat. La Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de montrer que le recours aux mesures d'instruction prévues par l'article 145 du CPC pouvait être bien plus efficace que la *discovery* tant redoutée. C'est un arrêt du 1^{er} mars 2017. Brièvement : une filiale d'un groupe américain remet en cause une ordonnance ayant autorisé, de manière non contradictoire, l'appréhension de nombreux



documents échangés entre juristes de son groupe. Elle prétend que la loi du procès au fond, en l'occurrence celle d'un état américain, doit s'appliquer et fait valoir que les documents sont protégés par le *legal privilege*. La Cour de cassation lui donne tort par un attendu cinglant que je vous résume : seule la loi française a vocation à s'appliquer lorsqu'on doit apprécier la légalité d'une mesure d'instruction exécutée sur le fondement de l'article 145, que ni le secret des affaires ni le secret professionnel ne peuvent paralyser. La mise en œuvre de ces mesures peut uniquement être neutralisée par la confidentialité des échanges entre un avocat et son client. Soyons donc vigilants et expliquons bien à nos clients étrangers que la correspondance entre juristes au sein d'un même groupe n'est pas protégée par la loi française. Soyons d'ailleurs pragmatiques et conseillons à ces mêmes clients, si les conditions sont réunies, de recourir à une procédure de 145 en France pour appréhender des éléments de preuve dans un litige international. Beaucoup sont ceux qui pensent que l'article 145 est plus souvent utilisé comme un instrument de déstabilisation que comme un moyen, pour une partie, d'appréhender des preuves, que le propriétaire aurait peut-être imaginé détruire pour éviter leur production dans le cadre

d'un procès au fond. Le 145 mène-t-il donc à la transaction ? La question reste ouverte. Ce qui est certain c'est que sa mise en œuvre donne naissance à de nombreuses procédures...

Marie Hélène Huertas : L'article 145, dans sa rédaction, dispose qu'il s'agit d'un acte « en vue d'un litige ». Dans le cadre de la *discovery*, la logique est différente : je mets tout sur la table pour montrer aux entreprises qu'il vaut mieux ne pas aller au procès. La logique est la même dans la *Class action*. Dans 99 % des cas, ces dernières se terminent avec un chèque de l'entreprise sur la table.

Marie Bernard : Le cas Carlos Ghosn illustre la montée en puissance des lanceurs d'alertes dans le monde de l'entreprise pour qui les exigences en termes de transparence sont croissantes. Quels sont vos retours d'expérience concernant le *whistleblowing* ?

Marie-Hélène Huertas : En 2000, chez Vivendi, nous avons obligation d'implanter un *whistleblowing* dans les entreprises, car le groupe était, à cette époque soumis à la loi Sarbanes Oxley sur le marché de New York. Toutes nos filiales américaines l'avaient déjà : Universal Studio, Universal Mu-

sic etc. En tant que Directeur éthique, j'ai expliqué l'intérêt de la procédure au Conseil de surveillance qui, à l'époque était plus que réservé vis-à-vis de cette procédure. Décalage de culture. Beaucoup de grandes entreprises européennes sont sorties du New York Stock Exchange pour cette raison. Les filiales américaines de Vivendi étaient dotées du *wistleblowing*, pas les filiales françaises (SFR et Canal). Lorsque la loi Sapin II est arrivée, j'ai pensé : « Sapin II, c'est très bien, les entreprises doivent se mettre en conformité, mais ne pensez pas que cette loi va arrêter le DOJ américain qui, sous cette menace, abandonnerait ses propres sanctions à l'égard des entreprises françaises. »

Hortense de Roux : C'est le sens de l'histoire. Cette mise en conformité engendre un cercle vertueux. Pour la vie des affaires, c'est excellent !

Elisabeth Avril : Je suis frappée par le fait que les groupes ont réellement accusé réception de cette loi. Ils reconnaissent l'intelligence et l'équilibre d'un programme qui répond aux standards internationaux. Les groupes avancent beaucoup. Ceux qui avaient déjà quelque chose ont lancé des chantiers de nature variable, avec des approches assez pragmatiques. Selon l'objectif prioritaire de leur direc-



tion générale : certains vont très vite, avancent *a minima*, d'autres saisissent l'opportunité pour centraliser et renforcer la *compliance* ou pour aborder de manière plus précise une zone sur laquelle ils sont moins confortables. Les directions générales ont un dialogue de bonne qualité avec les équipes *compliance* et développent des stratégies pragmatiques et intelligentes.

Marie-Hélène Huertas : L'arme la plus efficace sera l'arme européenne. Nous aurons du poids lorsque nous pourrons dire aux non-européens : « si vous n'êtes pas *compliant* avec le droit communautaire, vous ne pourrez plus travailler sur le marché européen ! » Tant que nous n'aurons pas atteint ce niveau, les États-Unis pourront continuer leur chantage protectionniste.

Olivier Bénureau : Comment protéger les lanceurs d'alerte ?

Antony Martinez : Je m'interroge sur le dispositif de Sapin II. Ce dispositif est efficace et répond certes aux standards internationaux. Toutefois, le lanceur d'alerte est-il si bien protégé ? On l'ignore encore. Le caractère désintéressé de la démarche est-il une bonne chose ? Certes, il répond à un impératif d'intérêt général. Mais le lanceur d'alerte se place en situation

de risque... Imaginons que la plateforme ne soit pas infaillible et que sa démarche, connue de ses supérieurs hiérarchiques, se retourne contre lui. Il ne bénéficie d'aucune protection sur le terrain financier. S'il doit quitter cette entreprise il n'est pas protégé. Notons tout de même qu'en matière fiscale, le lanceur d'alerte reçoit lui non pas une rémunération, mais une indemnisation. Au détour d'un amendement, on a proposé d'indemniser le lanceur d'alerte en fonction de la nature de l'information qu'il divulgue et du contexte de fraude internationale dans lequel il peut intégrer son information. Ce dispositif mis en place à titre expérimental en 2017 pour deux ans a été reconduit en septembre dernier jusqu'à 2021. Le montant dépend du gain réalisé par l'Etat. Dans le cadre du *whistleblowing*, le lanceur d'alerte n'est pas indemnisé car il agit en vue du bien commun.

Elisabeth Avril : Deloitte anime une plateforme de gestion des dispositifs d'alerte. Parce que c'était une exigence forte de nos clients, nous avons beaucoup évolué au cours des dernières années sur le dispositif de sécurité mis en place eu égard au stockage des données et aux possibilités d'accès physique, contractuel, ou légal aux informations sensibles. Les sociétés sont vigilantes

et prennent en considération les réglementations locales ou étrangères telles que le Cloud Act.

Marie-Hélène Huertas : La loi Sapin II a placé la *compliance* sur la table du Comité exécutif et du Conseil d'administration. Sa médiatisation est au cœur du sujet. L'image d'une grande entreprise est un actif qu'elle souhaite protéger. Si elle n'est pas *compliant*, cela se verra et son actif en terme de réputation diminuera.

Thomas Saint-Aubin : Certaines entreprises sont capables de faire un *scoring* de conformité et de documenter leur conformité. Le RGPD a fait avancer les choses en ce sens. Dans quelque temps ce processus simplifiera le contentieux en termes de preuve. À titre d'exemple, l'entreprise Natixis est capable de prendre en compte les évolutions quotidiennes du droit positif dans ses procédures de *compliance*. RegMind collecte et traite chaque jour les données de la régulation bancaire en France et à l'échelle européenne. Chaque article de compliance est connecté à un article du droit positif. Dès que celui-ci bouge, ils sont informés. La compliance est gérée de manière dynamique et permet de gérer la conformité "en temps réel".



Marie-Hélène Huertas : Lorsque nous avons mis en place Sapin II, nous avons étudié la question des motivations du lanceur d'alerte. J'ai conseillé de créer une petite cellule qui accueille l'alerte en première intention. Je conseille qu'elle soit composée d'un avocat et d'un juriste interne chargé de la *compliance*. Ces personnes sont les deux seuls destinataires du premier message, qu'il s'agisse d'une alerte interne ou externe. Elle a une fonction de « sas » de recevabilité. On regarde si le lanceur d'alerte est un licencié qui se venge, s'il est une entité qui harcèle sans arrêt telle entreprise, ou tout autre comportement étranger au but poursuivi par Sapin 2. On interroge sur les faits, on demande des documents, on exclut tout ce qui n'est pas dans le champ d'application de la loi. Cela permet de qualifier l'alerte à l'intérieur de cette cellule restreinte, sans la porter immédiatement à la connaissance de l'entreprise et sans entamer immédiatement une procédure lourde.

Elisabeth Avril : Le reporting à la hiérarchie, qui par ailleurs est nécessairement encouragé par principe au sein de l'entreprise, est au cas particulier compliqué à gérer. En effet, si le

responsable hiérarchique n'a pas été informé ou formé, il peut commettre des erreurs dans la protection du lanceur d'alerte. S'il ne répond pas correctement, l'information est susceptible d'être directement portée à la connaissance d'une autorité judiciaire, administrative ou d'un ordre professionnel. Il est important de communiquer sur l'existence d'un « référent » neutre et professionnel pour le signalement des alertes.

Antony Martinez : Aux États-Unis, lancer une alerte est un acte civique. En France, l'on ne peut nier que le poids d'une certaine histoire mettra du temps à changer les mentalités.

Marie-Hélène Huertas : « Il faut reconnaître qu'une grande étape a été franchie : nous sommes passés de la *soft law*, appliquée sur la base d'un libre consentement, à la loi avec des sanctions réelles. Ce passage à une loi a fait la différence pour les grandes entreprises.

Olivier Bénureau : Aux États-Unis, le *Chief Compliance Officer* (CCO) est indépendant de sa hiérarchie. En France ce n'est pas toujours le cas,

même dans des grands groupes...

Marie-Hélène Huertas : Raison pour laquelle le rôle de l'avocat est essentiel. Il va former un tandem avec le *compliance officer* ou son collaborateur sur cette première cellule de recevabilité. Cette dernière peut dire : « dans cette situation, vous avez un vrai cas, ce n'est pas à reporter au DHR. Suivons la procédure de *compliance* ».

Hortense de Roux : Il est vrai que nous accompagnons nos clients sur ces sujets, qu'il s'agisse de la mise en place des programmes de *compliance* tel que le *risk mapping*, les formations, mais aussi au niveau de la documentation des comportements répréhensibles, des enquêtes internes via notamment l'utilisation de procédures probatoires comme je l'ai indiqué précédemment.

Thomas Saint-Aubin : Je pense que nous verrons apparaître un avocat CCO, à l'image de ce que nous avons connu avec les DPO et que ce sera le nouvel eldorado business pour la profession...

Olivier Bénureau : Quelles sont les évolutions des dix prochaines années



en termes de justice prédictive ?

Thomas Saint-Aubin : Les nouveaux outils aujourd'hui restent assez décevants car nous manquons de données. En droit, il n'est pas encore possible de parler d'intelligence artificielle à ce stade, ou alors d'une IA faible. L'objectif est que les entreprises et les avocats aient cette gouvernance de la donnée. Pour cela, nous devons nourrir ces outils pour faire du *risk mapping* avec des *scoring* détaillés sur différents textes. Dans un premier temps, nous pouvons exploiter les données disponibles pour faire de l'analytique, dans certains barreaux en France, le premier qui prenait l'abonnement à l'outil *Predictice* gagnait plus de contentieux. Non parce qu'il pouvait prédire le juge, mais parce qu'il pouvait tracer les stratégies judiciaires de son adversaire. Ce qui est très intéressant. D'autre part, la digitalisation des contrats nous permet d'automatiser l'exécution de certaines clauses. La clause devient une donnée et elle communique avec l'extérieur : elle est mise à jour avec des données externes et le contrat devient une source des big data. Nous avons par exemple codé la clause financière du contrat de distribution en matière

de PI. Nous mettons parfois un an et demi à répartir des revenus de la PI à l'international. Nous avons tout automatisé et la répartition se fait en temps réel. Ce processus soulève une problématique nouvelle : puisque la clause s'applique automatiquement, qui est responsable ? Jusque-là, nous avons toujours fondé nos raisonnements sur le fondement de la personnalité juridique. Quel raisonnement adopter lorsque c'est un robot ? Lorsque la clause est un code exécutable ? Une des réponses importée de la doctrine américaine de Harvard opte pour la notion d'*open contract*. Pour savoir qui est responsable, on se demande qui est à l'origine du modèle de clause mis à disposition, qui l'a codé... Celui qui dépose une clause lui donne son nom. Plus le temps passe, plus les clauses sont complexes. Les premiers arrivés ont posé les clauses les plus simples... les autres les réutiliseront dans des contrats de plus en plus standardisés et informatisés. Plutôt que de créer des nouvelles clauses, le juriste devra apprendre à choisir des variantes parmi des modèles de clauses intelligentes et interconnectées. Pour les juristes les plus aguerris à ce nouveau paradigme, ils participeront à une nouvelle eDoc-

trine de distribution de ces clauses intelligentes et seront appelés à venir trancher des contentieux générés à partir de leur production partagée sous leur nom. Plus qu'une transformation digitale du droit, c'est une transformation du droit lui-même qui se profile. Mais c'est une excellente nouvelle pour les juristes, le droit va s'exécuter directement dans le code, *law is code* !

Président Lelièvre : Nous avons amorcé cette discussion sur les contentieux classiques et je constate qu'on y revient ! Le juge aime savoir d'où il part et où il arrive. Entre les deux, la manière de gérer les contentieux évolue, la justice doit s'adapter ! ■