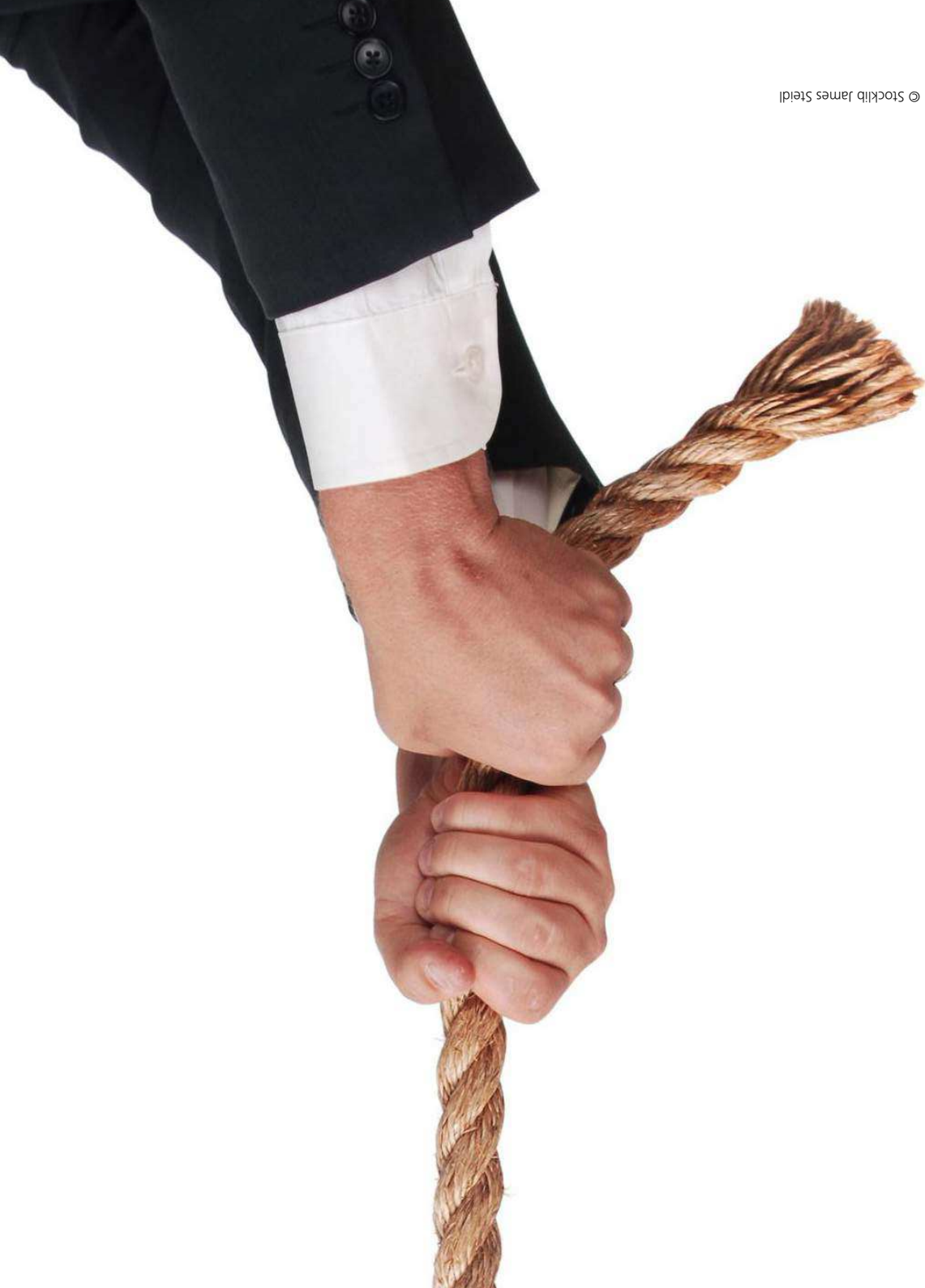




Contentieux : la quantification des préjudices économiques

Des différends sont susceptibles de survenir à tous les stades de la vie d'un hôtel, de l'achat d'un terrain, ou d'un bien immobilier ou de l'investissement dans celui-ci, à la construction ou à la rénovation d'un complexe, en passant par la gestion et l'exploitation des opérations. Plusieurs acteurs sont impliqués à chacun de ces stades : investisseurs, entrepreneurs, fournisseurs, sociétés de gestion, pour n'en citer que quelques-uns.



© Stocklib James Steidl

Différents modèles d'exploitation existent, dont les plus courants sont les contrats de franchise et de management. Des modèles plus complexes sont également mis en place. Il est en tout état de cause de plus en plus rare que la même personne ou société soit propriétaire de l'hôtel, de la marque sous laquelle il opère et qu'elle assure par ailleurs sa gestion opérationnelle.

Les risques, en matière de complexes hôteliers, ont de plus en plus tendance à être dissociés, entre ceux inhérents à l'acquisition et à la détention du bien immobilier, ceux ayant trait à la construction ou à la rénovation de biens, ceux relatifs au financement et ceux inhérents à la gestion de l'hôtel. Plus le nombre d'acteurs impliqués à chaque stade du projet est grand, plus grand est le risque qu'un conflit survienne.

Au niveau macroéconomique, le contexte récent s'est avéré peu favorable, les hôteliers évoluant dans des environnements de plus en plus complexes, marqués par une pression croissante à la baisse sur les prix moyens, et ce sur fond de mondialisation du tourisme. Les Etats sont en outre confrontés à des contraintes écologiques, géopolitiques et économiques, dont l'effet est d'inciter certains d'entre eux à adopter des mesures de plus en plus protectionnistes.

Les différends, dans ce contexte délicat et complexe, se multiplient. Ils sont essentiellement les suivants :

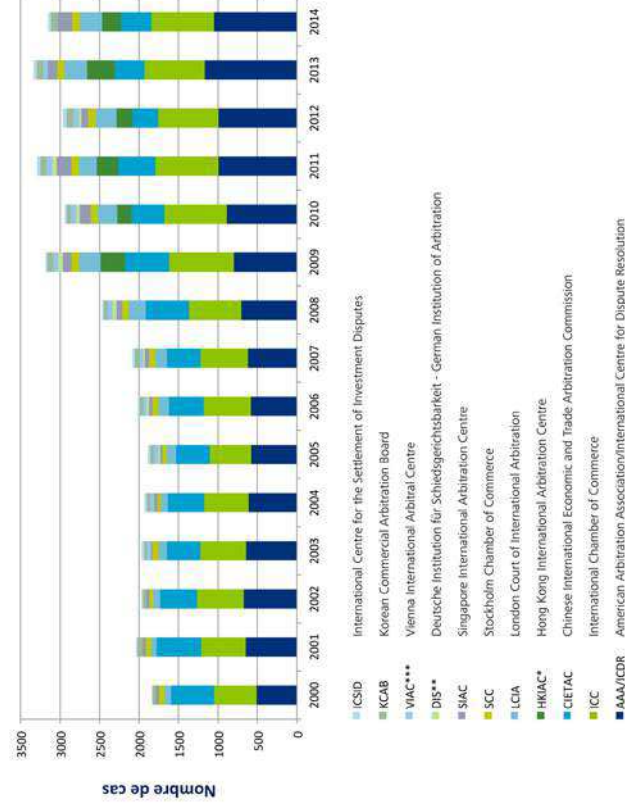
- **Expropriation directe ou traitement inéquitable par un Etat hôte** : un investisseur étranger acquiert un terrain en vue d'un projet immobilier, pour découvrir plus tard que l'Etat hôte refuse de reconnaître ses droits de propriété ou entreprenne de l'expulser de force du site, sans compensation.
- **Retard dans les travaux de construction** : un projet de rénovation prévu pour durer un an aboutit avec un retard de six mois, entraînant un manque à gagner pour le propriétaire, voire des frais de prolongation/d'interruption.
- **Manquements aux contrats d'exploitation/de gestion** : malgré tous ses efforts pour gérer l'hôtel au mieux dans des conditions de marché difficiles, l'exploitant fait l'objet d'une plainte pour manquement à ses engagements/sous-performance de la part du propriétaire.
Il existe plusieurs mécanismes de résolution des différends : l'arbitrage, les procédures judiciaires, l'adjudication, les procédures d'expertise (« expert determination ») et la médiation. Bien qu'il soit difficile, étant donné le caractère (essentiellement) privé de l'arbitrage, de se procurer des statistiques, celui-ci demeure le moyen privilégié de résolution des différends commerciaux internationaux, et ce notamment dans le

Anthony Charlton,

Associé Deloitte Forensic, remercie les membres de son équipe, et notamment **Battine Edwards**, Directeur, et **Thomas Doré**, Chargé d'affaires Senior, pour leur contribution à la rédaction de cet article.

secteur du tourisme, de l'hôtellerie et des loisirs (THL). L'arbitrage est une procédure formelle et privée à l'issue de laquelle une sentence définitive et ayant autorité est prononcée par un ou plusieurs arbitres indépendants. En matière de résolution des différends, il est la seule alternative à la procédure judiciaire qui permette d'aboutir à des décisions définitives, ayant autorité et exécutoires.

Les tendances en matière d'arbitrage international de 2000 à 2014



* Données non disponibles pour la période 2000-2008

** Données non disponibles pour les périodes 2000-2004 et 2013-2014

*** Données non disponibles pour les périodes 2000-2002 et 2014

Source : Statistiques publiées par les institutions citées

En raison de sa flexibilité et d'autres caractéristiques telles que celles énoncées ci-dessus¹, l'arbitrage est une procédure adaptée à la résolution des différends de l'industrie hôtelière. En cas de différend relatif à l'expropriation d'un investisseur étranger, l'arbitrage permet à celui-ci de se défendre contre l'Etat concerné autrement que via le système juridique de celui-ci : une certaine neutralité est, en théorie, par conséquent garantie. Les décisions arbitrales ont autorité et peuvent être exécutées dans la quasi-totalité des Etats. Autre avantage et non des moindres, la possibilité est donnée aux parties de choisir leurs arbitres. Ainsi peuvent-elles s'assurer que ceux-ci possèdent une connaissance suffisante du secteur d'activité, de la législation régissant

le contrat, ainsi qu'une réelle expérience des procédures d'arbitrage. Les caractéristiques des procédures d'arbitrage expliquent l'essor du nombre de cas, et ce notamment depuis la fin des années 1990².

Le rôle des experts dans le cadre d'une procédure d'arbitrage

Les enjeux des procédures d'arbitrage – qu'ils soient d'ordre commercial, financier ou comptable – revêtant un caractère de plus en plus complexe, des experts indépendants sont de plus en plus souvent sollicités afin de conseiller sur les aspects de quantification du préjudice dans le cadre de procédures d'arbitrage. Des experts financiers spécialistes de la quantification du préjudice économique sont ainsi chargés d'émettre un avis objectif quant au préjudice subi par la partie lésée en conséquence de l'action de la partie incriminée. Les experts peuvent également être appelés à assister la défense de parties contre des demandes de réparation non fondées et/ou abusives. L'expérience montre qu'il est rarement aisé de réaliser une estimation exacte des pertes économiques de la partie demanderesse. Les experts indépendants s'appuient sur leurs connaissances et leur expérience pour formuler des hypothèses sur la base desquelles procéder à une évaluation fiable du préjudice. Le rôle de l'expert est par ailleurs d'exposer sa méthode au tribunal arbitral, habituellement composé d'avocats, qui ne possèdent pas nécessairement de compétences financières, en des termes précis et intelligibles. Les tribunaux ne peuvent statuer que sur des demandes de réparation crédibles, raisonnables et étayées. Il revient par conséquent aux experts de les convaincre de la crédibilité de leur opinion, grâce à une analyse détaillée, exhaustive et raisonnée présentée dans un rapport clair. Le rôle de l'expert consiste également à examiner et à commenter l'évaluation de toute demande reconventionnelle éventuellement formulée par la partie adverse, de présenter aux arbitres, lors de l'audience, les éléments clés de la demande de réparation, et de répondre aux questions éventuelles du tribunal.

L'élaboration d'un scénario dit normal – dépeignant la situation qui aurait prévalu sans l'action de la partie incriminée (« but for scenario ») – figure au cœur de ce travail d'évaluation du préjudice. L'expert s'efforcera de déterminer, au regard de la législation applicable, le montant de compensation à verser à la partie demanderesse en dédommagement des pertes subies

1 Queen Mary University, School of International Arbitration, 2013 Corporate Choices in International Arbitration : Industry Perspectives

2 ICSID Caseload Statistics, édition 2015-1, p. 7 ; ICC Arbitration Statistics 1998-2014 ; SCC Statistics 2005-2014

afin de rétablir la situation qui aurait prévalu si elle n'avait pas subi les torts invoqués. Cet exercice requiert non seulement une maîtrise totale des questions de finance, de comptabilité et d'évaluation, mais également une parfaite connaissance du secteur d'activité concerné (l'industrie THL en l'occurrence).

Les pertes dont le recouvrement est recherché par la partie lésée sont généralement bien définies et peuvent prendre la forme d'un manque à gagner, de dépenses inutiles et de surcoûts, voire de la perte d'une opportunité commerciale.

L'estimation des pertes subies par la partie lésée, pour d'autres types de différends – dans le domaine des investissements en particulier – peut nécessiter de procéder à l'évaluation du complexe hôtelier ou du projet commercial. Les experts ont alors recours, dans le cadre de telles procédures, aux trois méthodes d'évaluation les plus couramment employées³ :

- L'approche analogique (*market-based approach*), en vertu de laquelle la valeur d'une entreprise est estimée par référence aux données de marché, le prix auquel sont échangées les actions d'entreprises cotées comparables ou auquel sont réalisées des opérations de marché comparables. Cette méthode repose sur le principe de substitution selon lequel un investisseur prudent ne consentira pas à s'acquitter, pour un bien, d'un prix plus élevé que celui d'un autre bien similaire destiné au même usage, l'enjeu consistant ici à convaincre le tribunal du caractère raisonnable de la comparaison.

- L'approche intrinsèque (*income-based approach*), le plus fréquemment utilisé étant le modèle d'actualisation des flux de trésorerie (DCF), en vertu de laquelle la valeur d'un bien est estimée au regard des flux de trésorerie qu'il est susceptible de générer au cours de sa vie utile résiduelle. Cette méthode peut être appliquée de plusieurs manières dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. L'évaluation de l'expert peut porter sur les flux de trésorerie que l'entreprise aurait générés, selon le scénario normal et ainsi évaluer la valeur de l'entreprise expropriée. L'expert peut également se livrer à une comparaison des bénéfices que l'entreprise aurait générés dans ledit scénario et de ceux effectivement générés, afin d'estimer son

manque à gagner. Que l'expert estime la valeur d'une entreprise expropriée ou d'un manque à gagner, le calcul selon l'approche du DCF aboutira à un chiffre unique, soit la valeur nette des flux de trésorerie ou bénéfices prévisionnels actualisés afin de prendre en compte la rémunération de l'argent et l'incertitude – à la hausse comme à la baisse – quant à la réalisation des flux futurs projetés. Cette approche implique de formuler un certain nombre d'hypothèses quant à la période de référence, au taux d'actualisation et aux projections de revenus, de bénéfices et de flux de trésorerie.

- L'approche patrimoniale (*asset-based approach*), dont les données de départ sont les montants à l'actif et au passif du bilan, vise à déterminer la valeur nette comptable ajustée. En ce qui concerne les projets de l'industrie THL à un stade précoce de leur développement pour lesquels aucune donnée antérieure n'est disponible, la méthode fondée sur les investissements (*investment-based approach*) prenant en compte l'ensemble des dépenses encourues à date est envisageable.

Les acteurs du secteur hôtelier ont de plus en plus recours à l'arbitrage afin de régler leurs différends. Une proportion croissante de cas d'arbitrage nécessite l'implication d'un expert financier afin d'évaluer la perte financière et aider parties et tribunal à mieux appréhender les enjeux, souvent complexes, en matière de comptabilité et d'évaluation financière propres à l'industrie.

³ Pour davantage de précisions sur le rôle des experts et les méthodes de quantification du préjudice, voir *Valuation approaches and the financial crisis*, Anthony Chariton, 2011, disponible sur le blog Kluwer Arbitration à l'adresse : <http://kluwerarbitrationblog.com/author/anthony-chariton/>

Si le rôle de l'expert, en matière de quantification du préjudice, est de sélectionner la méthode d'évaluation la plus adaptée dans une situation donnée, l'approche à privilégier demeure, dans la mesure du possible, de recourir à plusieurs méthodes afin d'évaluer le préjudice subi, tout en veillant à éviter tout « double comptage ». Les arbitres, qui ont longtemps été réfractaires au modèle DCF, l'acceptent désormais plus souvent, sous réserve de son application rigoureuse et d'une justification raisonnable et adéquate des hypothèses sur les flux de trésorerie à venir.

Expropriation

Les retards dans les travaux de construction et les manquements aux contrats d'exploitation/de gestion demeurent des causes majeures de différends dans l'industrie THL, un état de fait dont il est à craindre, dans un avenir prévisible, qu'il perdure.

Les expropriations constituent l'un des autres principaux motifs de différend, dont la couverture médiatique, jusqu'à présent, s'est avérée relativement limitée. En raison de l'importance prise par les cas de différend de ce type au cours des dernières années, l'accent est maintenant mis, dans cet article, sur certaines tendances observées récemment dans les sentences arbitrales.

Ainsi que Ripinsky et Williams en ont fait état, « *les expropriations directes se traduisent par le transfert du titre de propriété et de la propriété physiques de biens ou d'autres actifs des investisseurs étrangers à l'Etat. Les expropriations indirectes ont récemment pris le pas sur les expropriations directes et les nationalisations, qui étaient fréquentes au 20^e siècle. L'expropriation indirecte est réputée survenir lorsqu'une ou plusieurs mesures d'un Etat entraînent un effet similaire ou équivalent à l'expropriation directe, mais que le bien n'est pas saisi et que la propriété n'est pas affectée* »⁴.

Que l'expropriation soit directe ou indirecte, l'entrepreneur est privé de l'usage et du plein bénéfice économique de son investissement. L'environnement macroéconomique évoqué plus haut s'est traduit par une augmentation du nombre de mesures protectionnistes, y compris la saisie des investissements étrangers. L'expropriation constitue un sujet d'actualité, au cœur de la problématique de l'arbitrage d'investissement.

L'arbitrage d'investissement repose essentiellement sur des traités d'investissement, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux, mais il est aussi parfois régi par la législation nationale de l'Etat hôte, qui prévoit souvent la protection des investisseurs étrangers, ou bien encore, dans certaines circonstances, un contrat d'investissement. En raison de la dissociation des risques dont il est fait état plus haut, ce type de différend est particulièrement prédominant dans l'industrie hôtelière.

La plupart des Etats, toutefois, sont signataires de traités bilatéraux d'investissement (« TBI ») encadrant les conditions des investissements privés des ressortissants nationaux et des entreprises d'un Etat dans un autre Etat. Un certain nombre de garanties sont offertes aux investisseurs étrangers par ces traités, telles qu'un traitement juste et équitable, et leur protection contre les expropriations. Il existe près de 2 300 TBI, dont la plupart des pays dans le monde sont parties.

Les TBI prévoient en règle générale le paiement d'une compensation à l'investisseur en cas d'expropriation légale, autrement dit lorsque celle-ci est opérée pour des motifs d'ordre public (projets d'intérêt général, programmes d'urgence environnementale, etc.), et ce de manière non discriminatoire et en application, en bonne et due forme, de la législation en vigueur.

Si l'expert doit envisager le caractère légal ou illégal de l'expropriation et les clauses de compensation du TBI concerné dans le cadre de son évaluation des pertes subies, la question de la légalité ou de l'illégalité de l'expropriation peut être débattue entre les parties, à l'instar de l'affaire Siag et Vecchi c. République arabe d'Egypte (ARB/05/15)⁵. « *Selon la partie demanderesse, il s'agissait d'une expropriation illégale pour laquelle elle était habilitée à bénéficier d'une "réparation intégrale" au titre du droit international applicable* », la partie défenderesse ayant fait valoir quant à elle que la base de compensation définie par le TBI ne pouvait être invoquée dans cette affaire, s'appliquant selon elle « *aux seules expropriations dites "légales"* ». Un certain nombre de tribunaux arbitraux ont toutefois refusé d'opérer la distinction entre expropriation légale et illégale, jugeant qu'une compensation prompte et adéquate devait être consentie à l'investisseur dans un

4 Damages in International Investment Law, par Sergey Ripinsky, avec Kevin Williams, pages 64-65

5 Waguith Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Egypte, IQUESID, ARB/05/15

6 Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine, IQUESID, ARB/07/16



©Stocklib

type d'expropriation comme dans l'autre. Il revient à l'expert, en cas d'expropriation illégale, de sélectionner la base de compensation la mieux adaptée.

L'expert doit prendre en considération, dans le choix de la base de compensation et de la méthode d'évaluation des dommages :

- le rôle exact de la partie lésée, quant à savoir notamment si elle est un simple investisseur ou un propriétaire-exploitant de l'hôtel ;
- le stade de développement de l'hôtel : est-il pleinement opérationnel, vient-il d'ouvrir, ou est-il encore en construction ?

Dans l'affaire *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine (ARB/07/16)*⁷, la partie demanderesse était une coentreprise créée pour les besoins de la rénovation d'étages déterminés d'un hôtel. La demande de réparation comportait trois volets : pertes historiques (paiements en souffrance), pertes de revenu (paiements escomptés au titre du contrat de rénovation), et valeur finale de l'activité conjointe (soit la moitié de la valeur d'exploitation des étages à rénover). Le tribunal a statué que « la "propriété" des étages [appartenait] et [avait] toujours appartenu à l'hôtel », n'acceptant pas que la valeur de l'exploitation des étages puisse être réputée « un actif de l'activité conjointe, une fois les contrats résiliés ». Le tribunal, en d'autres termes, a

juge la revendication de la coentreprise sur les étages rénovés infondée, dans la mesure où celle-ci n'en était pas propriétaire. Elle ne pouvait ainsi au mieux porter, selon lui, que sur les améliorations réalisées par l'activité entreprise conjointement. Il est par conséquent fondamental, pour l'expert, de parvenir à une compréhension exacte des enjeux et de définir précisément ce sur quoi la réparation doit porter.

Dans l'affaire *Siag et Vecchi c. République arabe d'Égypte (ARB/05/15)*⁷, le tribunal s'est efforcé d'apprécier « la valeur du bien détenu par la partie demanderesse immédiatement avant son expropriation ». L'expropriation, en l'occurrence, concernait un projet en cours de construction. L'exploitation de l'hôtel, qui se trouvait encore dans sa phase de construction, n'avait pas encore débuté. La perte subie par la partie demanderesse a été estimée selon trois méthodes, par deux cabinets de conseil différents, dont l'un spécialisé en immobilier commercial. Le cabinet en question, tandis que l'expert en quantification de préjudice avait procédé à « une évaluation de la perte d'une opportunité commerciale », s'était concentré sur celle de la valeur du bien. Le tribunal a admis l'argument de la partie défenderesse selon lequel « les autorités [sont] généralement hostiles au recours à une analyse DCF dans des circonstances telles que celles de la présente affaire » (où il n'y a pas

⁷ Waquih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte, ICSID, ARB/05/15

⁸ Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. République du Kirghizistan, ICSID, ARB(AF)/06/1

d'historique), se focalisant sur la valeur du bien plutôt que sur celle du projet. Les avantages et les possibles inconvénients des différentes méthodes doivent être examinés par l'expert, afin de choisir de la méthode la mieux adaptée et de préparer sa réponse aux critiques de l'expert de la partie adverse ou, simplement, d'exposer ses arguments devant le tribunal lors du contre-interrogatoire.

La définition de paramètres structurants appropriés constitue l'autre volet essentiel du travail de l'expert : date de l'évaluation, taux d'intérêt, hypothèses sous-tendant les prévisionnels de chiffre d'affaires et de bénéfice, pour n'en citer que quelques-uns. Ces paramètres, essentiels pour la quantification du préjudice, devront être sélectionnés avec soin, confrontés à l'avis des avocats, et correctement étayés et documentés. Dans l'affaire *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. République du Kirghizistan (ARB(AF)/06/1)*⁸, marquée par l'absence de résultats antérieurs, pour l'entreprise, et par une quantité limitée de données de référence pour le marché kirghize, le tribunal a choisi de se référer aux prix de la transaction la plus récente disponible pour l'hôtel, et ce bien que celle-ci ait eu lieu six ans avant la date d'expropriation. Le tribunal a suggéré d'exprimer cette valeur à la date d'expropriation, moyennant une actualisation au taux d'intérêt sans risque pour refléter la valeur du temps passé. Lorsque prévaut un fort degré d'incertitude quant aux paramètres sous-jacents à la demande de réparation qui lui est soumise, le tribunal peut se référer, afin de parvenir à une décision équitable, aux dernières données factuelles disponibles acceptées par les deux parties.

Cet exemple démontre le caractère essentiel, dans les arbitrages internationaux, de l'argumentaire et du témoignage de l'expert pour l'évaluation, par le tribunal, de la perte subie. La pertinence du travail de l'expert ne peut toutefois être reconnue que s'il repose sur des arguments logiques et précis corroborés par un ensemble de données solides soigneusement sélectionnées. Or les données, dans les affaires d'expropriation, sont souvent incomplètes voire inexistantes, en raison du stade peu avancé des projets concernés et d'une tendance des Etats mis en cause à la rétention des données y afférentes. L'apport des connaissances des experts, dans de telles affaires, en matière d'évaluation des pertes, d'argumentation de la demande et de l'apport des assurances nécessaires, est ainsi susceptible de permettre au tribunal de rendre une décision octroyant une compensation adéquate de la partie lésée.

Le travail d'**Anthony Charlton** et de son équipe est consacré à la quantification des préjudices dans le cadre de procédures d'arbitrage portant sur des différends de nature commerciale ou relatifs à des investissements internationaux. Ils interviennent également dans le cadre d'évaluations de contentieux, de différends post-transaction, d'investitions financières/de fraude et d'autres types de missions de comptabilité Forensic.

Anthony Charlton, Associé Deloitte Forensic, remercie les membres de son équipe, et notamment Battine Edwards, Directeur, et Thomas Doré, Chargé d'affaires Senior, pour leur contribution à la rédaction de cet article.

L'équipe Forensic de Deloitte

L'équipe Forensic de Deloitte assiste ses clients sur des sujets sensibles et complexes tels que les contentieux, les procédures d'arbitrage international, les enquêtes sur les fraudes, la prévention de la fraude, ainsi que dans l'usage de technologies Forensic.

Nous mettons à votre disposition une équipe hautement qualifiée comprenant des comptables, des auditeurs expérimentés et des experts financiers. L'équipe Forensic compte aussi des contrôleurs certifiés (Certified Fraud Examiners), des enquêteurs de terrain, d'anciens régulateurs, ainsi que des spécialistes du blanchiment d'argent, de computer forensic et de l'analyse de données.