

LE DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES : ENJEUX D'ATTRACTIVITÉ INTERNATIONALE ET ENJEUX DE SOUVERAINETÉ

COMMISSION DES LOIS

Rapport d'information de MM. Michel Delebarre et Christophe-André Frassa

Les entreprises françaises sont fortement impliquées dans la compétition économique internationale. La dimension juridique de leur compétitivité est un élément qui doit être pris en compte pour améliorer les armes dont elles disposent dans cette compétition.

L'attractivité et la souveraineté du droit français des entreprises sont des problématiques complémentaires, qui permettent de mesurer forces et faiblesses du système juridique français. D'une part, il s'agit d'apprécier si le droit français, dans les règles qu'il a établies comme dans leur application par le juge, est adapté au contexte de la compétition économique des systèmes juridiques nationaux et, d'autre part, d'évaluer dans quelle mesure les entreprises françaises en bénéficient, ou en pâtissent, notamment à l'occasion de contentieux internationaux. Les amendes spectaculaires que BNP Paribas et Alstom se sont récemment vues infliger aux États-Unis (respectivement 9 milliards et 600 millions de dollars) illustrent une certaine vulnérabilité, qui doit conduire à s'interroger sur l'efficacité du droit français.

Au terme de deux cycles d'auditions organisées par la commission des lois les 11 et 18 mars 2015, les rapporteurs de la mission d'information, les sénateurs Michel Delebarre (PS – Nord) et Christophe-André Frassa (UMP – Français établis hors de France) soulignent le constat globalement positif dressé par les acteurs économiques sur le droit français des entreprises, et notent également que des questions importantes doivent encore être tranchées, notamment la protection du secret des affaires et de la confidentialité des avis juridiques internes à l'entreprise. En outre, les rapporteurs recommandent de poursuivre le processus bien engagé de simplification du droit des entreprises, selon une méthode claire associant étroitement les acteurs économiques.

La mission d'information a porté sur les différents aspects du droit des entreprises en lien avec les compétences de la commission des lois : le droit des sociétés, le droit financier, le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle, ainsi que les procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles qui permettent d'en contrôler le respect et d'en sanctionner les éventuels manquements. Le droit fiscal, le droit social et le droit du travail n'entraient pas dans le champ d'investigation de la mission.

Un constat globalement positif en dépit de difficultés ponctuelles

■ Un constat globalement positif...

Le système juridique français offre à la fois des outils appréciés (droit des sociétés, droit financier, propriété industrielle...) et des mécanismes performants de règlement des litiges commerciaux (fonctionnement des juridictions et autorités de régulation).

Il permet donc aux entreprises françaises d'évoluer de façon satisfaisante dans la compétition internationale et aux entreprises étrangères de s'implanter en France.

Plusieurs succès importants du droit français des entreprises sont à souligner, et notamment la création de la société par actions simplifiées (SAS), pour la grande souplesse qu'elle apporte aux entreprises, la rapidité des formalités d'immatriculation des entreprises, la fiabilité du système d'information légale ou encore la sécurité financière qui résulte du système de contrôle légal des comptes. Paris est, en outre, une place mondialement reconnue en matière d'arbitrage.

Enfin, la constance du processus de simplification du droit des entreprises par les gouvernements successifs a permis des améliorations réelles et remarquées.

■ ... nuancé par quelques difficultés ponctuelles mais réelles

Certaines initiatives législatives récentes suscitent néanmoins des réserves de la part des organisations représentant les entreprises.

L'obligation d'informer préalablement les salariés en cas de cession de leur entreprise, en vue de leur permettre de présenter une offre de reprise s'ils le souhaitent, sous peine d'annulation de la cession, serait ainsi, selon ces organisations, un obstacle aux transmissions d'entreprise, en raison tant du risque contentieux que du manque de

confidentialité pour les négociations de cession.

L'application automatique du droit de vote double pour les actions des sociétés cotées détenues depuis deux ans et l'abandon du principe de neutralité des organes de direction des sociétés faisant l'objet d'une offre publique d'achat sont également très critiqués par les investisseurs étrangers et la place financière de Paris.

La nouvelle procédure d'action de groupe en matière de consommation suscite enfin de nombreuses inquiétudes, bien qu'aucune action ne soit encore parvenue à son terme.

Ces dispositions récentes, sans remettre en cause la satisfaction générale exprimée, peuvent porter atteinte à l'attractivité internationale du droit français des entreprises.

Défendre la souveraineté du droit français

■ Les enjeux d'une justice négociée

Les rapporteurs ont remarqué l'appétence des entreprises pour les modes de régulation négociés entre elles comme avec la justice.

Le « droit souple » permet aux entreprises de remédier à leurs litiges sans passer par l'intermédiaire d'une justice ou d'un arbitrage qui tranche (médiation ou transaction). Ce mode de régulation négocié aurait le double avantage de permettre une meilleure prévisibilité et une plus grande implication des entreprises dans l'application de la norme.

Le modèle américain de transaction permet aux entreprises de négocier avec les autorités de poursuites (ministère de la justice ou régulateur) sans avoir à reconnaître leur culpabilité devant la justice. Les entreprises suspectées de fraudes doivent dans ce cas accepter de se soumettre à des obligations, comme le paiement d'une amende conséquente ou la soumission au contrôle d'un tiers chargé de vérifier la conformité de leur comportement aux engagements pris.

■ Intégrer des éléments de justice négociée dans le droit français ?

La souveraineté du droit français souffre de ce que d'autres juridictions se saisissent de faits de corruption qui devraient échoir aux juridictions françaises. Ainsi l'amende infligée à BNP Paribas alimente-t-elle le Trésor américain.

La justice française dispose d'instruments juridiques proches des américains, mais ne privilégiant pas d'autres approches que l'approche répressive, l'institution judiciaire ne parvient pas à contrôler efficacement les entreprises, comme elle le pourrait si elle cherchait « moins à punir qu'à redresser ».

Envisager d'intégrer des éléments de justice négociée dans le droit français pourrait présenter le mérite d'accélérer les procédures pour trouver un accord, d'augmenter le montant des amendes en même temps que de mieux prévenir les fraudes futures. Les rapporteurs observent qu'il est crucial de prévoir l'intervention d'un juge dans de telles procédures, comme l'a fait le Royaume-Uni, afin de ne pas affaiblir les garanties offertes aux entreprises.

Renforcer le droit français pour mieux protéger les entreprises

■ La protection du droit des affaires

Au nom de la protection à l'égard de la concurrence, on assiste depuis longtemps à une demande croissante de protection et de confidentialité des informations concernant les entreprises. Elle s'illustre bien par le débat actuel sur la protection du secret des affaires, ouvert depuis plusieurs années.

Une proposition de loi, reprise par amendement au projet de loi pour la croissance et l'activité, tendait à protéger toute information ne présentant pas un caractère public. Elle permettait notamment à l'entreprise de lutter contre l'espionnage économique, en lui permettant de saisir le juge civil afin d'obtenir réparation, et de voir l'utilisation illicite des informations réprimée. Ces dispositions ont été retirées du texte. En tout état de cause une directive européenne visant à protéger le secret des affaires est en cours d'examen devant le Parlement européen et devra, le moment venu, être transposée.

La mise en place d'un régime national de protection du secret des affaires avant cette échéance demeure pertinente, sinon indispensable, au regard de l'urgence de la situation.

■ La confidentialité des avis juridiques internes

Les entreprises françaises ne peuvent pas, au regard du droit français, opposer la confidentialité des échanges avec leurs juristes, dans le cadre des procédures judiciaires en France ou à l'étranger. Elles se trouvent désavantagées lors de la confrontation avec le droit américain, lorsqu'un juge américain autorise l'engagement d'une procédure de *discovery* par exemple (procédure civile d'obtention de preuve).

En effet, la plupart des juristes d'entreprise étrangers bénéficient d'un « privilège légal » qui permet d'assurer la confidentialité de leurs avis internes. Cette confidentialité trouve sa source soit dans un statut propre

des juristes d'entreprise (modèle belge) soit dans leur qualité d'avocat (modèle anglo-saxon).

L'absence de confidentialité est susceptible de jouer contre la légalité, en conduisant les juristes d'entreprise à taire ou à transmettre de manière dissimulée les objections juridiques qu'ils pourraient formuler. Certains grands groupes tirent par ailleurs les conséquences de ce désavantage français en délocalisant leur service juridique vers des États plus protecteurs en la matière ou en recrutant des avocats étrangers.

Il semble plus que jamais nécessaire, alors qu'une habilitation portant sur ce point a été retirée du projet de loi pour la croissance et l'activité, que le législateur tranche cette question, soit en faveur d'un privilège de confidentialité, soit en faveur d'un statut d'avocat en entreprise adapté aux conditions de l'exercice salarié.

■ Un nouvel équilibre à trouver entre simplification et stabilité du droit

La poursuite du processus de simplification du droit des entreprises a été saluée.

Toutefois, toute mesure de simplification ne saurait être par principe bonne en soi. Le maintien d'une règle imparfaite mais bien connue des acteurs est dans certains cas préférable à un changement déstabilisant conduisant à réduire le niveau de sécurité juridique pour les entreprises.

Le législateur doit adopter une méthode qui se fonde sur la théorie du bilan, c'est-à-dire une comparaison entre les avantages attendus d'une mesure de simplification et les inconvénients qui pourraient en résulter, en termes de moindre sécurité juridique pour l'entreprise ou de risque d'atteinte aux droits des tiers ou des différentes parties prenantes de l'entreprise.

Les rapporteurs estiment d'ailleurs utile d'associer de façon plus permanente les acteurs économiques dans l'élaboration des textes législatifs les concernant.

Les principales pistes de réflexion de la mission d'information

■ Poursuivre le processus de simplification du droit en garantissant la sécurité juridique

1. Conduire les nouvelles mesures de simplification du droit des entreprises sans porter atteinte à la sécurité juridique, en veillant davantage à la stabilité du droit.
2. Associer de façon permanente les acteurs économiques dans l'élaboration de textes législatifs qui les concernent.

■ Mieux protéger les entreprises françaises

3. Mettre en place à brève échéance un régime efficace de protection du secret des affaires.
4. Assurer la confidentialité des avis juridiques internes, en optant pour un privilège de confidentialité ou un nouveau statut d'avocat en entreprise.



Commission des lois

<http://www.senat.fr/commission/loi/index.html>

Téléphone : 01 42 34 23 37 – Télécopie : 01 42 34 31 47



Rapporteur
Michel Delebarre
Sénateur (Soc)
du Nord



Rapporteur
Christophe-André Frassa
Sénateur (UMP)

représentant les Français établis hors de France

Le présent document et le rapport complet sont disponibles sur internet :

<http://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-395-notice.html>