

N° 395

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2014-2015

Enregistré à la Présidence du Sénat le 8 avril 2015

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le **droit des entreprises : enjeux d'attractivité internationale, enjeux de souveraineté,***

Par MM. Michel DELEBARRE et Christophe-André FRASSA,

Sénateurs.

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bas, *président* ; Mme Catherine Troendlé, MM. Jean-Pierre Sueur, Jean-René Lecerf, Alain Richard, Jean-Patrick Courtois, Alain Anziani, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi, M. Pierre-Yves Collombat, Mme Esther Benbassa, *vice-présidents* ; MM. François-Noël Buffet, Michel Delebarre, Christophe-André Frassa, Thani Mohamed Soilihi, *secrétaires* ; MM. Christophe Béchu, Jacques Bigot, François Bonhomme, Luc Carvounas, Gérard Collomb, Mme Cécile Cukierman, M. Mathieu Darnaud, Mme Jacky Deromedi, M. Félix Desplan, Mme Catherine di Folco, MM. Christian Favier, Pierre Frogier, Mme Jacqueline Gourault, MM. François Grosdidier, Jean-Jacques Hyst, Mme Sophie Joissains, MM. Philippe Kaltenbach, Jean-Yves Leconte, Roger Madec, Alain Marc, Didier Marie, Jean Louis Masson, Michel Mercier, Jacques Mézard, François Pillet, Hugues Portelli, André Reichardt, Bernard Saugey, Simon Sutour, Mme Catherine Tasca, MM. René Vandierendonck, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. UN CONSTAT GLOBALEMENT POSITIF SUR LE DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES, EN DÉPIT DE DIFFICULTÉS PONCTUELLES	7
A. UNE SATISFACTION GÉNÉRALE À L'ÉGARD DU DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES	7
B. UNE APPROBATION DU PROCESSUS CONTINU DE SIMPLIFICATION	8
C. DES SUJETS DE PRÉOCCUPATION RÉELS, MAIS PONCTUELS	8
D. UNE PRÉFÉRENCE MARQUÉE DES ENTREPRISES POUR DES MODES DE RÉGULATION NÉGOCIÉS	9
II. DE NOUVELLES QUESTIONS POSÉES PAR L'INFLUENCE SUR LES ENTREPRISES FRANÇAISES DU DROIT ÉTRANGER	10
A. LES ENJEUX D'UNE JUSTICE NÉGOCIÉE	10
B. UNE PROTECTION DES ENTREPRISES FRANÇAISES À RENFORCER	11
III. LES ENJEUX D'AVENIR DU DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES	13
A. UN NOUVEL ÉQUILIBRE À TROUVER ENTRE STABILITÉ DU DROIT ET POURSUITE DU PROCESSUS DE SIMPLIFICATION	13
B. LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES	14
C. LA CONFIDENTIALITÉ DES AVIS JURIDIQUES INTERNES	15
EXAMEN EN COMMISSION	19
COMPTE RENDU DES AUDITIONS DU 11 MARS 2015	27
• M. ANTOINE GARAPON, CO-AUTEUR DE DEALS DE JUSTICE. LE MARCHÉ AMÉRICAIN DE L'OBÉISSANCE MONDIALISÉE ET MME ASTRID MIGNON COLOMBET, AVOCATE ASSOCIÉE AU CABINET SOULEZ LARIVIÈRE & ASSOCIÉS	27
• MME CLAUDE REVEL, DÉLÉGUÉE INTERMINISTÉRIELLE À L'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE, ET MME CAROLINE LÉBOUCHER, DIRECTRICE GÉNÉRALE ADJOINTE DE BUSINESS FRANCE	35
• REPRÉSENTANTS DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISES ET DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE	43

COMPTE RENDU DES AUDITIONS DU 18 MARS 2015	51
• MME CAROLE CHAMPALAUNE, DIRECTRICE DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, MME PASCALE COMPAGNIE, SOUS-DIRECTRICE DU DROIT ÉCONOMIQUE, MME FLORENCE LIFCHITZ, CHEF DU BUREAU DE LA RÉGLEMENTATION DES PROFESSIONS, ET M. GUILLAUME MEUNIER, CHEF DU BUREAU DU DROIT DES OBLIGATIONS, REPRÉSENTANT LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE	51
• REPRÉSENTANTS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS ÎLE-DE- FRANCE, DU MOUVEMENT DES REPRÉSENTANTS ENTREPRISES DE FRANCE (MEDEF), DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES PRIVÉES (AFEP), DE LA CHAMBRE DE COMMERCE AMÉRICAINE EN FRANCE ET DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES.....	57
• REPRÉSENTANTS DE LA COUR D'APPEL DE PARIS, DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS ET DE LA CHAMBRE ARBITRALE INTERNATIONALE DE PARIS	69
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES	83

Mesdames, Messieurs,

Toujours attentive à la dimension juridique de la compétitivité des entreprises, votre commission des lois a décidé, en novembre 2014, de créer une mission d'information sur les enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté du droit français des entreprises.

Attractivité et souveraineté du droit des entreprises apparaissent, en effet, comme deux problématiques complémentaires pour mesurer forces et faiblesses de notre système juridique dans un environnement économique international très compétitif.

Le droit français des entreprises est-il suffisamment attractif pour les entreprises étrangères qui souhaitent se développer hors de leurs frontières ? Et favorise-t-il suffisamment la compétitivité des entreprises françaises qui souhaitent se développer à l'international ?

L'application, à l'occasion de contentieux internationaux, d'un droit étranger aux entreprises françaises les fragilise-t-elles ? Le droit français joue-t-il, de ce point de vue, à armes égales avec les droits étrangers pour défendre les entreprises françaises et soumettre les entreprises étrangères aux mêmes contraintes ?

La mission d'information se propose ainsi d'apprécier, d'une part, si le droit français est adapté au contexte de la compétition économique des systèmes juridiques nationaux, notamment vis-à-vis du droit anglo-saxon, dans les règles qu'il a établies comme dans leur application par le juge et, d'autre part, s'il offre aux entreprises françaises des armes appropriées et aussi efficaces que celles issues des autres systèmes juridiques.

Vos rapporteurs se sont attachés aux différents aspects du droit des entreprises en lien avec les compétences de votre 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. Sans ignorer leur poids dans la vie des entreprises, ils ont donc écarté le droit fiscal, le droit

social et le droit du travail, manifestement hors de la compétence de votre commission.

Plusieurs problématiques complémentaires pouvaient entrer dans le champ de la mission d'information : l'implantation des centres de décision étrangers en Europe et la création de filiales de droit français par des sociétés étrangères, la protection du secret des affaires, au-delà de la protection des seuls droit de propriété intellectuelle, les questions de « forum shopping » - permettant de choisir son tribunal pour bénéficier du droit national le plus avantageux - ainsi que d'arbitrage, ou encore l'impact des lois américaines extraterritoriales et du droit américain sur les entreprises françaises, en cas notamment de procédures ouvertes aux États-Unis, par exemple dans le cadre d'actions de groupe ou de poursuites par des autorités de régulation.

Or, lorsque votre commission a décidé de créer la présente mission d'information, elle ignorait que le projet de loi pour la croissance et l'activité, déposé à l'Assemblée nationale en décembre 2014, comporterait plusieurs dispositions visant à répondre aux enjeux entrant dans son champ d'étude, par exemple le statut d'avocat en entreprise, la protection civile et pénale du secret des affaires, la confidentialité des comptes des sociétés ou encore la procédure de transaction sur le montant des sanctions financières qui sont prononcées par l'Autorité de la concurrence.

Dès lors, vos rapporteurs ont souhaité présenter leurs conclusions devant votre commission avant l'examen par le Sénat, en séance publique, de ce projet de loi, sans que celui-ci puisse constituer, au demeurant, un terme aux réflexions ouvertes par la présente mission d'information, qui mériteront d'être prolongées, d'autant que certaines des dispositions précitées en ont été retirées au bénéfice de débats ultérieurs.

Pour éclairer ce débat sur le droit des entreprises, votre commission a tenu deux cycles d'auditions, le 11 mars et le 18 mars 2015, pour entendre bien sûr les représentants des entreprises, mais également les représentants des professionnels (avocat, commissaires aux comptes, conseils en propriété industrielle...) et des organismes publics qui les accompagnent, sans oublier les pouvoirs publics ainsi que les représentants des autorités administratives indépendantes et des juridictions intervenant dans le champ économique.

Votre commission a estimé que les positions des intervenants ainsi entendus et les échanges suscités avec ses membres éclaireraient utilement les termes du débat. Elle a souhaité, en conséquence, en rendre compte dans le présent rapport de la manière la plus complète. Les observations qui suivent en font la synthèse et ouvrent quelques pistes de réflexion.

Votre commission des lois apporte ainsi sa contribution au débat nécessaire sur l'amélioration de la dimension juridique de la compétitivité des entreprises françaises.

I. UN CONSTAT GLOBALEMENT POSITIF SUR LE DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES, EN DÉPIT DE DIFFICULTÉS PONCTUELLES

Vos rapporteurs ont tiré de leurs travaux d'auditions l'enseignement selon lequel la situation des entreprises françaises n'est pas préoccupante du point de vue du droit qui leur est applicable, tant le droit français dont elles relèvent que le droit étranger, notamment américain, dont elles peuvent dépendre lorsqu'elles agissent sur des marchés extérieurs. Ce constat positif ne doit cependant pas conduire à ignorer des difficultés certes ponctuelles, mais non négligeables.

A. UNE SATISFACTION GÉNÉRALE À L'ÉGARD DU DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES

Les auditions de votre commission ont mis en lumière une large satisfaction à l'égard des mécanismes et dispositifs juridiques que le droit français offre aux entreprises (droit des sociétés, droit financier, droit de la propriété industrielle...) ainsi que du fonctionnement des juridictions et des autorités de régulation françaises dans le champ économique.

Le droit français ne ferait pas peser sur les entreprises intervenant à l'étranger un désavantage compétitif ou un handicap quelconque pour faire face à la concurrence. Il permet donc aux entreprises françaises d'évoluer de façon satisfaisante dans la compétition économique internationale.

Les personnes entendues mettent en avant certains succès, comme la société par actions simplifiée (SAS), pour la grande souplesse qu'elle offre aux entreprises, dès lors qu'elles ne souhaitent pas prétendre à la cotation ou pour organiser leurs filiales. Sont aussi vantées la qualité des procédures d'exécution, la rapidité des formalités d'immatriculation des entreprises et la fiabilité du système d'information légale ou encore la sécurité financière qui résulte du système de contrôle légal des comptes. La qualité des prestations fournies par les professionnels chargés d'accompagner les entreprises, qu'il s'agisse des professionnels du chiffre ou du droit, a également été soulignée.

En cas de litige commercial, plusieurs solutions sont ouvertes aux entreprises françaises comme étrangères : le recours classique au juge, mais aussi le recours à la médiation ou à l'arbitrage. Sur le dernier point, la place de Paris est largement reconnue pour sa qualité et son efficacité. Lorsque les entreprises encourent une sanction en cas d'infraction économique, la qualité des procédures a été soulignée, en dépit parfois de leur complexité et de leur longueur. L'efficacité globale des dispositifs procéduraux a été soulignée, qu'il s'agisse de la régulation mise en œuvre par les autorités administratives indépendantes ou du contrôle effectué par les juridictions.

Représentées par la chambre de commerce américaine en France, les entreprises américaines opérant en France ont exprimé une appréciation globalement positive à l'égard du droit français des entreprises. Celui-ci ne

semble donc pas souffrir d'un grave défaut d'attractivité internationale. Plus globalement, le droit français des affaires n'est pas un obstacle pour l'implantation des entreprises étrangères en France.

Cependant, vos rapporteurs n'ignorent pas les critiques récurrentes entendues à l'égard du droit fiscal, du droit social et du droit du travail, de la part principalement des représentants des entreprises, qui constitueraient des handicaps à l'attractivité du droit français. À cet égard, votre rapporteur Michel Delebarre rappelle son engagement personnel en vue de simplifier les opérations de dédouanement pour les entreprises par auto-liquidation de la taxe sur la valeur ajoutée.

B. UNE APPROBATION DU PROCESSUS CONTINU DE SIMPLIFICATION

Engagé de façon continue par les gouvernements qui se sont succédé depuis plus d'une décennie, en particulier par l'adoption de lois successives de simplification, le processus de simplification a été largement salué, dans son principe, dans ses effets et sa constance, par les personnes entendues.

Les entreprises appellent à la poursuite de ce processus, dont elles ont loué le caractère sans doute plus systématique dans la période récente, tout en souhaitant paradoxalement une plus grande stabilité des normes qui leur sont applicables. Ces deux injonctions en apparence contradictoires, puisqu'une mesure de simplification suppose à l'évidence une modification normative, sont toutes deux assumées par les personnes entendues.

En réalité, ces injonctions sont complémentaires, dès lors que toute mesure authentique de simplification s'analyse pour les entreprises comme l'allègement ou la suppression d'une charge administrative ou d'un coût qui peut en résulter, par exemple l'enregistrement des statuts des sociétés auprès de l'administration fiscale en plus de leur dépôt au registre du commerce et des sociétés¹. Ainsi entendue, **la simplification n'est pas incompatible avec la stabilité des normes de fond applicables aux entreprises.**

C. DES SUJETS DE PRÉOCCUPATION RÉELS, MAIS PONCTUELS

Ce processus permanent d'amélioration et de simplification du droit des entreprises serait toutefois perturbé, selon les organisations représentant les entreprises ou encore l'Autorité des marchés financiers, par certaines initiatives législatives dont l'impact concret paraît relativement limité, mais dont la portée symbolique est, elle, très négative, y compris à l'égard des entreprises étrangères.

Il en est ainsi, par exemple, de l'obligation d'informer préalablement les salariés en cas de cession de leur entreprise, en vue de leur permettre de

¹ À l'initiative de votre commission des lois, cette obligation a été supprimée dans le cadre de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises.

présenter une offre de reprise s'ils le souhaitent, sous peine d'annulation de la cession, issue de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, dite « loi Hamon ». Une telle obligation serait un obstacle aux transmissions d'entreprise, en raison tant du risque contentieux que du manque de confidentialité pour les négociations de cession.

Il en est également ainsi, par exemple, de l'application automatique du droit de vote double pour les actions de sociétés cotées détenues au nominatif depuis deux ans ainsi que de l'abandon du principe de neutralité des organes de direction des sociétés faisant l'objet d'une offre publique d'acquisition, dispositions issues de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite « loi Florange », extrêmement critiquées sur la place financière de Paris et très peu appréciées par les investisseurs étrangers.

Instituée récemment par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, la nouvelle procédure d'action de groupe en matière de consommation et de concurrence suscite également les inquiétudes des entreprises, sans qu'il soit encore possible d'apprécier leur caractère fondé ou non.

Sans remettre en cause la satisfaction générale des représentants des entreprises à l'égard du droit qui leur est applicable, ces dispositions récentes suscitent des réactions fortes et porteraient atteinte, selon ces représentants, à l'attractivité internationale du droit français.

D. UNE PRÉFÉRENCE MARQUÉE DES ENTREPRISES POUR DES MODES DE RÉGULATION NÉGOCIÉS

Lors de leur audition, les représentants des entreprises ont souligné l'intérêt que présentent, à leurs yeux, certains modes de régulation ou de règlement des litiges, plus souples que ceux qui caractérisent l'intervention étatique. Ils ont ainsi opposé à la loi le droit souple (*soft law*), élaboré par les acteurs économiques eux-mêmes, à partir des usages du commerce, et qui s'impose à eux sous la forme de chartes de déontologie ou de guides de bonnes pratiques. De la même manière, ils ont distingué la justice qui tranche ou sanctionne de l'arbitrage ou des modes de règlement amiable des différends que sont la médiation ou la transaction.

Vos rapporteurs constatent que, dans un cas, comme dans l'autre, il s'agit de favoriser une approche négociée de la régulation, qui présenterait un double mérite : celui d'une meilleure prévisibilité, les entreprises acceptant de transiger en fonction d'un bilan coût-avantage ; celui d'une plus grande implication de l'opérateur économique dans l'application de la norme ou de l'accord de transaction, puisqu'il a participé à l'élaboration de l'un ou de l'autre. Il a également été remarqué que la faveur dont jouit l'arbitrage est notamment dû au fait qu'il permet, plus qu'un procès, aux deux personnes en litige de continuer leurs relations commerciales.

Toutefois, vos rapporteurs observent que, pour qu'une négociation aboutisse, il faut que les deux parties aient plus à perdre à son échec : bien souvent, la régulation étatique, susceptible de s'imposer en l'absence d'une solution négociée, est ce qui donne à cette dernière sa force et sa pertinence.

II. DE NOUVELLES QUESTIONS POSÉES PAR L'INFLUENCE SUR LES ENTREPRISES FRANÇAISES DU DROIT ÉTRANGER

La confrontation des entreprises françaises avec certains systèmes juridiques et les procédures contentieuses particulières qu'ils connaissent, en particulier le droit américain, exige de réfléchir, selon vos rapporteurs, aux répercussions comme aux évolutions possibles du droit français pouvant en résulter.

A. LES ENJEUX D'UNE JUSTICE NÉGOCIÉE

L'audition conjointe de M. Antoine Garapon et de Mme Astrid Mignon-Colombet¹ a permis de mettre en lumière un phénomène nouveau, qui prend de l'ampleur et qui affecte fortement la façon dont les entreprises françaises peuvent se défendre lorsqu'elles sont mises en cause par une autorité étrangère.

Au sein de notre ordre juridique la poursuite des infractions économiques est soit le fait de l'autorité judiciaire, soit celui des autorités de régulation. Dans un cas comme dans l'autre cependant, l'instruction et la procédure de décision respectent les canons du droit au procès équitable, même s'il s'agit d'une transaction : contrôle d'un juge impartial, respect du contradictoire, distinction de l'autorité de poursuite et de l'autorité de décision.

Or, le système américain dissocie la transaction du contrôle judiciaire. Les autorités de poursuites, qu'il s'agisse du ministère de la justice (*department of justice*) ou du régulateur des marchés financiers (*securities and exchange commission* - SEC) peuvent proposer aux entreprises suspectées de fraude un accord, dans lequel elles reconnaissent les faits reprochés sans toutefois reconnaître leur culpabilité et acceptent de se soumettre à certaines obligations, comme le paiement d'une amende très élevée, la réforme de leurs procédures internes ou encore la soumission au contrôle d'un tiers chargé de vérifier la conformité de leur comportement aux engagements pris. Cet accord est conclu en l'absence de tout contrôle judiciaire.

Les entreprises s'y soumettent, entre autres motifs, par crainte des conséquences coûteuses d'une action en justice : durée de la procédure,

¹ Ces deux intervenants ont participé à un ouvrage collectif consacré à cette question : Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

préjudice de réputation tout le temps du procès, même s'il se conclut par un acquittement, incertitude du résultat judiciaire et, surtout, risque qu'une mesure de déréférencement du marché ou d'interdiction d'activité, qui équivaut à une mort économique, soit prononcée par le régulateur, à titre conservatoire, pour toute la durée de la procédure.

Pour les deux intervenants, le premier mérite de ce modèle est son efficacité, puisque l'accord intervient plus rapidement, que les amendes prononcées atteignent des montants considérables¹ et que la réforme des procédures internes permet de prévenir des fraudes futures. Constatant que les régulateurs français disposent formellement d'instruments juridiques proches, ils ont regretté en revanche que, faute de privilégier une autre approche que l'approche répressive, l'institution judiciaire ne parvienne pas à contrôler efficacement les entreprises, comme elle pourrait le faire si elle cherchait « *moins à punir qu'à redresser* » et par des « *amendes transactionnelles [à donner] une seconde chance aux entreprise* ».

Rejoignant les propos tenus en audition par Mme Claude Revel, déléguée interministérielle à l'intelligence économique, ils ont souligné que l'interprétation très extensive donnée par les autorités gouvernementales américaines à ce qui relève de leur juridiction les conduit à traiter, par ce biais, du cas d'entreprises françaises qui devraient plutôt échoir aux juridictions françaises. Selon eux, si l'on veut éviter que ce modèle s'impose à nous sans y avoir trouvé la réponse adéquate, il est donc nécessaire de prendre la mesure du changement de paradigme engagé, afin d'en tirer parti pour faire évoluer notre régulation.

Vos rapporteurs observent toutefois que le modèle proposé n'est pas sans inconvénient : l'efficacité se paie au prix d'un affaiblissement des garanties offertes aux entreprises concernées. D'ailleurs, comme le note les intervenants dans leur ouvrage², le Royaume-Uni, qui a adopté un dispositif similaire en avril 2013, l'a adapté pour prévoir l'intervention d'un juge au début et à la fin de la procédure.

B. UNE PROTECTION DES ENTREPRISES FRANÇAISES À RENFORCER

Il a été souligné à plusieurs reprises au cours des auditions que l'absence de confidentialité des avis juridiques rendus au sein de l'entreprise constituait aujourd'hui un véritable désavantage compétitif pour le droit français et les juristes d'entreprise.

En effet, si les salariés d'une société sont tenus au respect du secret professionnel, celui-ci n'est pas opposable aux investigations judiciaires. Seule la confidentialité des échanges entre une entreprise et son avocat est

¹ Ainsi, récemment, la société BNP-Paribas a accepté de payer une amende de 9 milliards de dollars, et la société Alstom, une amende de plus de 700 millions de dollars.

² *Op. cit.* p. 136 et s.

garantie. Les juristes d'entreprise, dont la profession est pourtant de conseiller leur employeur pour toute question d'ordre juridique, n'en bénéficient pas et sont traités, de ce point de vue, comme n'importe quel autre salarié.

Or, dans d'autres pays, leurs homologues se sont vus reconnaître le bénéfice d'un « privilège légal » (*legal privilege*), qui permet d'assurer la confidentialité de leurs échanges avec leur employeur et de l'opposer aux investigations judiciaires ou à certaines procédures civiles d'obtention de preuves, comme la procédure américaine de *discovery*¹. Cette confidentialité trouve sa source soit, comme en Belgique, dans le statut propre des juristes d'entreprise, soit dans leur qualité d'avocat (*lawyer* aux États-Unis ou *solicitor* au Royaume-Uni), qui n'est pas jugé incompatible avec le fait qu'ils soient uniquement salariés de l'entreprise.

La difficulté naît de la confrontation des systèmes juridiques, lorsqu'un juge américain autorise l'engagement d'une procédure de *discovery* contre une entreprise française et que celle-ci ne peut opposer la confidentialité, au regard du droit français, des échanges qu'elle a eu avec ses juristes. Cette entreprise est donc désavantagée du point de vue du droit étranger par rapport à ses concurrentes.

Or, les grands groupes internationaux tirent les conséquences de ce désavantage en délocalisant leur service juridique dans un État qui confère aux intéressés un privilège de confidentialité ou en nommant en qualité de juristes d'entreprise des professionnels étrangers, avocats d'un autre droit que le droit français, qui peuvent faire bénéficier de ce privilège.

Il existe certes dans notre droit une loi dite de « *blocage* » qui réprime pénalement le fait de tenter d'obtenir, en vue de constituer des preuves dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, des documents ou des renseignements économiques, par d'autres voies que celles reconnues par les traités internationaux ou celles applicables en France². Mais, outre qu'elle est peu appliquée et parfois écartée par les juridictions étrangères, elle n'apporte aucune protection particulière aux documents et avis des juristes d'entreprise sollicités selon une procédure conforme à ce qu'exige les traités internationaux ou la réglementation française.

¹ La procédure de *discovery* est une procédure d'investigation ou d'instruction préalable à un procès civil ou commercial conduite à la demande d'une des parties, le cas échéant sous habilitation judiciaire, pour constituer les preuves requises en vue de la tenue du procès, en puisant si nécessaire dans les documents détenus par l'autre partie.

² Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

III. LES ENJEUX D'AVENIR DU DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES

Au-delà d'un constat globalement satisfaisant à l'égard du droit des entreprises comme des difficultés ponctuelles qu'il recèle, vos rapporteurs souhaitent insister sur quelques enjeux majeurs auxquels le droit français des entreprises est dorénavant confronté et auxquels il faudra répondre dans un délai rapide pour maintenir son efficacité et sa contribution à la compétitivité juridique des entreprises françaises.

A. UN NOUVEL ÉQUILIBRE À TROUVER ENTRE STABILITÉ DU DROIT ET POURSUITE DU PROCESSUS DE SIMPLIFICATION

Vos rapporteurs considèrent que toute mesure de simplification ne saurait être par principe bonne en soi, en particulier si elle porte une atteinte trop forte à la sécurité juridique des actes des entreprises.

Le maintien d'une règle imparfaite mais bien connue des acteurs est dans certains cas préférable à un changement déstabilisant au nom de la simplification. Une mesure authentique de simplification est une mesure qui supprime une charge administrative inutile ou une procédure complexe qui n'apporte aucune protection substantielle aux entreprises, sans perturber d'aucune manière les relations de l'entreprise avec les tiers dans le cadre de son activité économique.

Vos rapporteurs attirent l'attention sur les effets pervers potentiels de certaines mesures présentées comme des mesures de simplification, dans le cas où des procédures peu contraignantes ou peu coûteuses sont remises en cause, alors qu'elles garantissent aux entreprises concernées un niveau élevé de sécurité juridique.

Dans ces conditions, vos rapporteurs appellent à une **méthode** qui se fonderait sur une 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 ou de risque d'atteinte aux droits des tiers ou des différentes parties prenantes de l'entreprise. Un meilleur équilibre est ainsi à trouver entre la **stabilité des normes protectrices** et la **simplification des normes inutilement complexes**.

Par ailleurs, les représentants des entreprises entendues par votre commission ont appelé de leurs vœux une meilleure association des acteurs économiques dans la préparation et la programmation des travaux législatifs et des réformes à réaliser concernant les entreprises, tant de la part du Gouvernement que de la part des assemblées parlementaires.

Forts des méthodes de travail de votre commission, vos rapporteurs estiment utile d'associer de façon plus permanente les acteurs économiques dans l'élaboration et la discussion des textes législatifs les concernant, tout en rappelant l'arbitrage nécessaire qui appartient au seul législateur entre les

intérêts des entreprises et la recherche de l'intérêt général, qui peut conduire à s'en éloigner.

B. LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES

Au nom notamment de la protection à l'égard de la concurrence et de l'égalité des armes dans la compétition internationale, on assiste depuis longtemps à une demande croissante de protection et de confidentialité des informations concernant les entreprises ou leur appartenant, ainsi qu'à une contestation des obligations de transparence et de publicité, alors même que ces obligations ont tendance à se renforcer, en particulier pour les sociétés cotées, notamment à l'initiative du législateur¹.

Cette demande émanant des entreprises se manifeste, par exemple, par la possibilité offerte aux entreprises de moins de 10 salariés, depuis 2014, d'opter pour la confidentialité des comptes qu'elles déposent au registre du commerce et des sociétés², conformément au droit européen en la matière, mais à rebours de la tradition française de publicité légale des informations relatives aux entreprises.

Cette demande récurrente s'illustre également par le débat actuel sur la protection du secret des affaires, ouvert depuis plusieurs années.

Au niveau national, divers travaux ont été conduits à l'Assemblée nationale ces dernières années, aboutissant au dépôt d'une proposition de loi par notre collègue député Jean-Jacques Urvoas, président de la commission des lois, le 16 juillet 2014³. Cette proposition a été reprise par amendement au projet de loi pour la croissance et l'activité, ces dispositions étant ensuite supprimées en séance publique du fait d'une controverse sur leur éventuel impact sur les activités d'investigation des journalistes et de la presse.

Le texte discuté par l'Assemblée nationale tendait à protéger au titre du secret des affaires toute information qui ne présente pas un caractère public, qui s'analyse comme « *un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique* » et qui fait l'objet de mesures de protection pour en préserver le caractère confidentiel. L'obtention et l'utilisation illicites d'un tel secret sont interdites. En saisissant le juge civil, l'entreprise concernée pouvait obtenir réparation et toute mesure pour faire cesser une atteinte à un secret. De plus, l'obtention et l'utilisation illicites étaient punies de trois ans de prison et

¹ Par exemple publication d'informations au titre de la responsabilité sociale et environnementale.

² Ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 allégeant les obligations comptables des micro-entreprises et petites entreprises. Le projet de loi pour la croissance et à l'activité propose d'étendre l'option de confidentialité au compte de résultat des entreprises de moins de 50 salariés, comme le permet le droit européen.

³ Une proposition de loi de notre ancien collègue député Bernard Carayon avait été adoptée par l'Assemblée nationale en janvier 2012, sans suite.

de 375 000 euros d'amende, peines alourdies en cas d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France.

Au-delà de ce contexte politique – vos rapporteurs considérant au demeurant que ces dispositions ne menaçait pas la liberté de la presse ou la mise au jour d'infractions commises par les entreprises –, **la mise en place d'un régime efficace de protection du secret des affaires est indispensable pour les entreprises françaises**, quelles que soient les modalités retenues. De telles mesures participent de la protection des innovations et des savoir-faire des entreprises françaises, au-delà des seuls droits de propriété industrielle, et contribuent à la lutte contre l'espionnage économique.

À cet égard, vos rapporteurs rappellent qu'a été présentée par la Commission européenne, en novembre 2013, une proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Ce texte a été approuvé par le Conseil de l'Union européenne en mai 2014 et se trouve actuellement en cours d'examen au Parlement européen. À terme, cette directive devra être transposée¹.

Pour autant, la question de la mise en place d'un régime national de protection avant cette échéance demeure pertinente, au regard des dispositifs institués dans certains droits étrangers et de l'urgence de la situation.

C. LA CONFIDENTIALITÉ DES AVIS JURIDIQUES INTERNES

Comme on l'a vu précédemment, le défaut de toute confidentialité accordée aux avis juridiques échangés au sein de l'entreprise constituée, pour les entreprises françaises, un désavantage compétitif, qui peut peser sur la décision d'une société d'opter pour le droit français ou d'implanter en France sa direction des affaires juridiques.

Surtout, cette absence de confidentialité est susceptible de jouer contre la légalité, en conduisant les juristes d'entreprise à taire les objections juridiques qu'ils pourraient formuler ou à les transmettre de manière dissimulée afin d'éviter, si leur avis était saisi, qu'il soit utilisé pour prouver que l'entreprise a pris en connaissance de cause le risque juridique qu'ils lui avaient signalé.

Il apparaît donc opportun d'instaurer une telle confidentialité, pour peu qu'elle soit entourée de suffisamment de garanties pour éviter toute dérive.

Deux modèles sont envisageables.

¹ Outre quelques différences ponctuelles à caractère procédural entre la proposition de directive et les dispositions temporairement introduites dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, on peut relever d'autres différences, en particulier l'instauration dans le projet de loi d'un délit de violation du secret des affaires, alors que le texte européen s'en tient à des mesures civiles.

Le premier modèle est celui d'un privilège de confidentialité qui serait la contrepartie du rôle de conseil juridique joué par le juriste d'entreprise. Il s'accompagnerait de la définition d'un certain nombre d'exigences déontologiques applicables aux intéressés, afin de parer à toute dérive. Telle est la solution retenue notamment par le droit belge.

Le second modèle, inspiré du droit anglo-saxon, est celui de l'avocat exerçant en entreprise. Ce dispositif présente le mérite de s'appuyer sur des corps de règle déjà connus, celui du secret professionnel de l'avocat et celui de la déontologie et de la régulation disciplinaire des ordres professionnels.

L'un et l'autre de ces deux modèles buttent toutefois sur la même difficulté : l'exercice salarié en entreprise implique nécessairement une relation de subordination entre l'employeur et le conseil juridique. Or, le juge peut considérer que ce rapport de subordination est incompatible avec la reconnaissance d'un privilège de confidentialité au profit du professionnel en cause.

Telle a été l'interprétation retenue par la Cour de justice de l'Union européenne¹. Son raisonnement s'articule en deux points. Tout d'abord, la Cour rappelle que la protection apportée aux échanges entre un avocat et son client « *procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin* ». Cette protection, qui « *a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général* », n'est donc justifiée qu'autant que l'avocat demeure bien indépendant de son client. Or, cette « *exigence d'indépendance implique l'absence de tout rapport d'emploi entre l'avocat et son client* ». La Cour en conclut que « *la protection au titre du principe de la confidentialité ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes* ».

L'arrêt de la Cour se limite toutefois à refuser l'opposabilité de ce principe de confidentialité invoqué par des avocats en entreprise salariés aux investigations conduites par la Commission européenne ou les services des institutions européennes. Il laisse toute latitude aux États membres pour retenir d'autres principes dans leur droit interne.

Le projet de loi précité pour la croissance et l'activité contenait initialement une demande d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la création d'un statut d'avocat en entreprise, devant permettre aux avis rendus par ces professionnels d'être couverts par le secret professionnel lié à la qualité d'avocat.

Toutefois, les vives contestations que cette disposition a soulevées, en particulier sur l'incompatibilité alléguée entre l'indépendance d'exercice propre à l'avocat et son recrutement en tant que salarié d'une société, ont

¹ CJUE, 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission, C-550/07 P.

conduit à la suppression de cette demande d'habilitation par l'Assemblée nationale.

Vos rapporteurs constatent toutefois que le problème reste entier et qu'en dépit de très nombreuses réflexions préalables, aucun des deux modèles ne fait l'unanimité. Il semble plus que jamais **nécessaire que cette question soit tranchée, 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.**

* *

*

En conclusion de leurs travaux, vos rapporteurs souhaitent que les enjeux d'avenir et les questions pendantes qu'ils ont esquissées ne soient pas éludés. Ainsi, les deux questions aujourd'hui fondamentales de la protection du secret des affaires et de la confidentialité des avis juridiques internes devront être traitées, quelles qu'en soient les modalités, à brève échéance.

Ils estiment également que, dans l'intérêt de l'économie française et de nos entreprises, il convient de procéder régulièrement à une évaluation du droit français des entreprises à l'initiative de votre commission des lois, qui ne peut se satisfaire de la simple addition de mesures de simplification.

EXAMEN EN COMMISSION

Mercredi 8 avril 2015

M. Philippe Bas, président. – Nous examinons le rapport d'information de MM. Michel Delebarre et Christophe-André Frassa sur les enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté du droit des entreprises.

M. Michel Delebarre, co-rapporteur. – Nous avons décidé, en novembre 2014, de créer une mission d'information sur les enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté du droit français des entreprises.

Nous avons voulu vérifier, d'une part, si le droit français est adapté au contexte de la compétition économique des systèmes juridiques nationaux dans les règles établies comme dans leur application par le juge, notamment vis-à-vis du droit anglo-saxon, et, d'autre part, s'il offre aux entreprises françaises des armes appropriées et aussi efficaces que celles des autres systèmes juridiques.

Nous nous sommes attachés aux différents aspects du droit des entreprises en lien avec les compétences de la commission : droit des sociétés, droit financier, droit de la concurrence, droit de la consommation, 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. Nous avons écarté le droit fiscal, le droit social et le droit du travail, manifestement hors de la compétence de notre commission.

Lors de la création de la mission d'information, nous ignorions que le projet de loi pour la croissance et l'activité, déposé à l'Assemblée nationale en décembre 2014, comporterait plusieurs dispositions entrant dans son champ d'étude, par exemple le statut d'avocat en entreprise, la protection civile et pénale du secret des affaires, la confidentialité des comptes des sociétés ou encore la procédure de transaction sur le montant des sanctions financières prononcées par l'Autorité de la concurrence.

Compte tenu de l'examen de ce texte en séance ces jours-ci, il paraissait opportun de conclure les travaux de la mission d'information, après la tenue d'auditions en commission au mois de mars. Pour autant, ce projet de loi ne saurait constituer un terme aux réflexions ouvertes, qui mériteront d'être prolongées, d'autant que certaines des dispositions précitées en ont été retirées au bénéfice de débats ultérieurs, je pense à l'avocat en entreprise et au secret des affaires.

Je présenterai pour ma part les constats que l'on peut tirer des auditions, puis Christophe-André Frassa dégagera quelques perspectives de réflexion.

Le premier constat que je formule, c'est que les auditions ont mis en lumière une large satisfaction à l'égard du droit français des entreprises et du fonctionnement des juridictions et des autorités de régulation dans le champ économique. Je tiens à le souligner car nous n'avions pas conscience *a priori* d'un tel constat.

Le droit français ne fait donc pas peser sur les entreprises intervenant à l'étranger un désavantage compétitif ou un handicap quelconque pour faire face à la concurrence. Il permet donc aux entreprises françaises d'évoluer dans la compétition économique internationale comme aux entreprises étrangères de s'installer en France.

Quelques succès ont même été mis en avant : la société par actions simplifiée, la qualité des procédures d'exécution, la rapidité des formalités d'immatriculation des entreprises, la fiabilité du système d'information légale et de contrôle légal des comptes ou encore la qualité des prestations des professionnels du droit et du chiffre qui accompagnent les entreprises.

Les critiques récurrentes portent sur le droit fiscal, le droit social et le droit du travail, de la part des entreprises françaises comme de la part des entreprises étrangères.

La poursuite du processus de simplification par les gouvernements successifs a été largement saluée par les intervenants, mais associée à un appel à une plus grande stabilité des normes applicables aux entreprises. Ces deux injonctions, en apparence contradictoires, sont en réalité complémentaires, dès lors que l'on entend la simplification comme l'allègement ou la suppression d'une charge administrative ou d'un coût qui peut en résulter, sans remettre en cause la stabilité des normes de fond applicables aux entreprises.

Des difficultés ponctuelles ont cependant été soulignées, issues d'initiatives législatives jugées malheureuses et très critiquées, en particulier l'obligation d'informer préalablement les salariés en cas de cession de leur entreprise (« loi Hamon ») – même si vous me permettez, à titre personnel, d'être plus réservé –, l'application automatique du droit de vote double pour les actions de sociétés cotées détenues au nominatif depuis deux ans ou encore l'abandon du principe de neutralité des organes de direction des sociétés faisant l'objet d'une offre publique d'acquisition (« loi Florange »). Ces dispositions suscitent des réactions fortes, mais ne remettent pas en cause le constat général.

À cet égard, nous entrons dans la période des assemblées générales annuelles et de nombreuses résolutions ont été présentées pour écarter les droits de vote doubles.

Au titre du constat, nous devons également avoir conscience de la préférence des entreprises pour l'autorégulation, la *soft law* et des modes plus souples et discrets de régulation ou de règlement des litiges. Leurs représentants ont distingué la justice qui tranche ou sanctionne de l'arbitrage ou des modes de règlement amiable des différends que sont la médiation ou la transaction. La qualité de la place de Paris en matière d'arbitrage a d'ailleurs été saluée.

Une approche négociée de la régulation présente un double mérite : celui d'une meilleure prévisibilité, les entreprises acceptant de transiger en fonction d'un bilan coût-avantage, et celui d'une plus grande implication de l'opérateur économique dans l'application de la norme ou de l'accord de transaction.

Le dernier élément du constat que je souhaite dresser est la question de la confrontation de notre droit avec le droit américain, la confrontation de nos entreprises avec le système de régulation économique américain.

La première de nos auditions en commission, sur la justice négociée aux États-Unis, a suscité de vives réactions de la part de nombreux collègues. Il faut cependant que nous ayons conscience de la réalité que vivent nos entreprises sur le sol américain, pour en tirer les conséquences qui s'imposent.

En France, la poursuite des infractions économiques est soit le fait de l'autorité judiciaire, soit celui des autorités de régulation, dans le respect des principes de notre droit, sous le contrôle du juge.

Le système américain, quant à lui, dissocie la transaction du contrôle judiciaire. Les autorités de poursuite peuvent proposer aux entreprises un accord, en l'absence de tout contrôle judiciaire, avec notamment le paiement d'amendes très élevées et très médiatiques. Les entreprises s'y soumettent par crainte des conséquences coûteuses d'une action en justice comme des risques d'expulsion du marché américain. En raison de l'efficacité de ce système, la question a été posée de l'utilisation en France de tels mécanismes, en faisant évoluer notre système de régulation, pour assurer le respect du droit français à l'égard des entreprises étrangères et pour protéger nos entreprises.

Pour conclure, je dirais que nous devrions nous astreindre régulièrement, dans l'intérêt de l'économie française et de nos entreprises, à procéder à une évaluation du droit français des entreprises comme nous venons de le faire, pour voir si le constat globalement positif que j'ai décrit se dégrade ou s'améliore.

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – À la suite de Michel Delebarre, il m'appartient de vous présenter les enjeux d'avenir qui se posent à notre droit des entreprises.

En matière de simplification, je n'insisterai pas, même s'il y aurait beaucoup à dire, sur le nouvel équilibre à trouver entre la stabilité des normes protectrices et la simplification des normes inutilement complexes, en associant mieux les acteurs économiques.

Je dirais simplement que le maintien d'une règle imparfaite mais bien connue des acteurs est dans certains cas préférable à un changement déstabilisant au nom de la simplification. Une vraie mesure de simplification est une mesure qui supprime une charge administrative inutile ou une procédure complexe qui n'apporte aucune protection substantielle aux entreprises, sans perturber les relations de l'entreprise avec les tiers ni porter atteinte à la sécurité juridique de ses actes. Il faut donc simplifier avec méthode pour éviter les effets pervers potentiels de certaines mesures prétendues de simplification.

Deux sujets majeurs sont apparus lors des auditions : d'une part, la protection du secret des affaires et, d'autre part, la confidentialité des avis juridiques internes aux entreprises. Ces deux sujets ont été abordés dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, avant d'en être retirés.

S'agissant du secret des affaires, divers travaux ont été conduits à l'Assemblée nationale ces dernières années, aboutissant au dépôt d'une proposition de loi par Jean-Jacques Urvoas, en juillet 2014. Cette proposition a été reprise par amendement au projet de loi pour la croissance et l'activité, ces dispositions étant ensuite supprimées en séance publique du fait d'une controverse sur leur éventuel impact sur les activités d'investigation des journalistes.

Le texte discuté par l'Assemblée nationale tendait à protéger au titre du secret des affaires toute information qui ne présente pas un caractère public, qui s'analyse comme « *un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique* » et qui fait l'objet de mesures de protection pour en préserver le caractère confidentiel. L'obtention et l'utilisation illicites d'un tel secret étaient interdites. En saisissant le juge civil, l'entreprise concernée pouvait obtenir réparation et toute mesure pour faire cesser une atteinte à un secret. De plus, l'obtention et l'utilisation illicites étaient punies de trois ans de prison et de 375 000 euros d'amende, peines alourdies en cas d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France.

Je ne crois pas, pour ma part, que ces dispositions menaçaient la liberté de la presse ou la mise au jour d'infractions commises par les entreprises.

Au-delà de ce contexte politique, la mise en place d'un régime efficace de protection du secret des affaires est indispensable pour les entreprises françaises, quelles que soient les modalités retenues. De telles

mesures participent de la protection des innovations et des savoir-faire des entreprises françaises, au-delà des seuls droits de propriété industrielle, et contribuent à la lutte contre l'espionnage économique.

À cet égard, je rappelle que la Commission européenne a présenté, en novembre 2013, une proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Ce texte a été approuvé par le Conseil de l'Union européenne en mai 2014 et se trouve actuellement en cours d'examen au Parlement européen. À terme, cette directive devra être transposée.

Pour autant, la question de la mise en place d'un régime national de protection avant cette échéance demeure pertinente, au regard des dispositifs institués dans certains droits étrangers et de l'urgence de la situation.

S'agissant de la confidentialité des avis juridiques internes à l'entreprise, les auditions ont montré que l'absence de confidentialité de ces avis constituait aujourd'hui un véritable désavantage compétitif. En effet, si les salariés d'une société sont tenus au respect du secret professionnel, celui-ci n'est pas opposable aux investigations judiciaires. Seule la confidentialité des échanges entre une entreprise et son avocat est garantie. Les juristes d'entreprise n'en bénéficient pas et sont traités comme n'importe quel autre salarié.

Dans d'autres pays, les juristes d'entreprise bénéficient d'un privilège légal qui permet d'assurer la confidentialité de leurs échanges avec leur employeur et de l'opposer aux investigations judiciaires ou à certaines procédures civiles d'obtention de preuves, comme la procédure américaine de *discovery*.

La difficulté dans ce domaine naît de la confrontation des systèmes juridiques, lorsqu'un juge américain autorise, par exemple, l'engagement d'une procédure de *discovery* contre une entreprise française et que celle-ci ne peut opposer la confidentialité, au regard du droit français, des échanges qu'elle a eu avec ses juristes. Cette entreprise est donc désavantagée du point de vue du droit étranger par rapport à ses concurrentes anglo-saxonnes.

Or, les grands groupes internationaux tirent les conséquences de ce désavantage en délocalisant leur service juridique dans un État qui confère aux intéressés un privilège de confidentialité ou en nommant en qualité de juristes d'entreprise des professionnels étrangers, avocats d'un autre droit que le droit français, qui peuvent faire bénéficier de ce privilège.

Il existe certes dans notre droit une loi de 1968 dite de « blocage » qui réprime le fait de tenter d'obtenir, en vue de constituer des preuves dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, des documents ou des renseignements économiques, mais elle est peu appliquée et ne répond pas à la question de la confidentialité des avis juridiques internes.

Il existe donc deux modèles dont nous pouvons nous inspirer.

Le premier modèle, correspondant au droit belge, est celui d'un privilège de confidentialité qui serait la contrepartie du rôle de conseil juridique joué par le juriste d'entreprise.

Le second modèle, inspiré du droit anglo-saxon, est celui de l'avocat exerçant en entreprise. Il présente le mérite de s'appuyer sur des corps de règle déjà connus, en particulier le secret professionnel de l'avocat.

L'un et l'autre de ces deux modèles buttent toutefois sur la même difficulté : l'exercice salarié en entreprise implique nécessairement une relation de subordination entre l'employeur et le conseil juridique. Or, le juge peut considérer que ce rapport de subordination est incompatible avec la reconnaissance d'un privilège de confidentialité au profit du professionnel en cause. Telle a été l'interprétation retenue par la Cour de justice de l'Union européenne, pour ce qui concerne les investigations conduites au niveau européen. Il laisse toute latitude néanmoins aux États membres pour retenir d'autres principes dans leur droit interne.

Le projet de loi pour la croissance et l'activité contenait initialement une demande d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la création d'un statut d'avocat en entreprise. Très contestée par la profession, cette habilitation a été supprimée par l'Assemblée nationale.

Ainsi, pour le secret des affaires comme pour la confidentialité des avis juridiques internes aux entreprises, il va falloir trancher la question, quelles qu'en soient les modalités, et ce à brève échéance, sauf à désavantager gravement nos entreprises et à accroître les facteurs de délocalisation d'états-majors de grandes sociétés, voire de sièges sociaux. Le droit social et le droit fiscal jouent déjà en faveur de la délocalisation. Je rappelle que quatre sociétés du CAC 40 ont déjà leur siège à l'étranger.

Pour conclure, je joins ma voix à celle de Michel Delebarre pour suggérer une évaluation régulière de notre droit des entreprises, par des auditions appropriées, pour voir si le constat reste positif. Sur les deux dernières questions cependant, nous ne pourrions pas attendre plusieurs années, car c'est la compétitivité juridique de nos entreprises qui est en jeu.

M. Philippe Bas, président. – Il me semble que ce rapport valide l'intuition de départ qui nous avait conduits à créer cette mission d'information. Il y a en effet des enjeux de compétitivité très forts dans le droit des entreprises. Une partie de ces questions est abordée dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, en cours de discussion, mais le sujet n'est pas épuisé pour autant, loin de là. Il pourrait être intéressant de prolonger votre réflexion pour la traduire par des propositions, en lien avec le rapporteur de la commission spéciale sur ce projet de loi, membre de la commission des lois, François Pillet.

M. Jean-Jacques Hyest. - Je veux d'abord remercier les deux rapporteurs d'avoir rappelé la qualité du droit français en la matière. Contrairement à ce que l'on peut parfois entendre, il n'est pas impossible de créer rapidement une entreprise en France. Le système d'information légale fonctionne très bien et les procédures pour les entreprises ont été largement simplifiées.

Par ailleurs, la création de la société par actions simplifiée a été un progrès considérable, à tel point que l'on peut se demander s'il restera beaucoup de sociétés anonymes classiques dans quelque temps... Certains souhaitent même la création d'une société anonyme unipersonnelle, ce qui me paraît contradictoire dans les termes, mais la réflexion est permise. Soulignons encore la création de la société européenne, dans laquelle la commission des lois du Sénat est intervenue. Nous avons longtemps tardé sur cette question, mais elle a été finalement créée. Elle permet aux entreprises de s'installer plus facilement en France.

Sauf erreur de ma part, la question importante de la confidentialité des comptes des entreprises, traitée dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, n'a pas été évoquée, mais peut-être l'est-elle dans le rapport écrit. Je rappelle que fournir les comptes d'une société permet aussi de faire de la prévention des difficultés des entreprises. Lorsque le tribunal de commerce demande de les fournir, cela peut révéler des difficultés et donner lieu à la mise en œuvre de procédures de soutien des entreprises. Il s'agit certes d'un autre type de société que celles du CAC 40.

S'agissant ensuite de la confidentialité des avis juridiques, je rappelle que la conception que nous avons du rôle de l'avocat en France n'est pas du tout celle de l'avocat anglo-saxon. Il est possible de faire appel à des cabinets d'avocats pour des avis juridiques, et il n'est pas nécessaire d'intégrer toute la fonction juridique au sein de l'entreprise. On pourrait trouver une solution sans conférer le statut d'avocat aux juristes en entreprise, car on ne peut être avocat si l'on dépend d'une entreprise. Il serait intéressant d'assurer la confidentialité des avis juridiques pour ne pas risquer d'aboutir à des procédures contentieuses avec, notamment, le droit américain. Ce point a été retiré du projet de loi pour la croissance et l'activité car le sujet n'est pas mûr.

M. Philippe Bas, président. - Je suis frappé par le fait que d'autres professions que celle d'avocat peuvent s'exercer dans le cadre d'un contrat de travail, avec un lien de subordination qui trouve ses limites dans la réglementation propre à ces professions. Je pense aux médecins, mais aussi aux pharmaciens dans les laboratoires, pour lesquels la législation impose la présence d'un référent personnellement responsable de l'application des normes, dont les décisions s'imposent à l'employeur d'une certaine façon. On pourrait concevoir, sur ce modèle, qu'un avocat soit salarié d'une entreprise tout en conservant son indépendance.

M. Pierre-Yves Collombat. – Je suis intéressé par ce sujet, qui est « exotique » pour moi. C'était une très bonne idée d'organiser ces auditions. Mais j'ai l'impression que l'on fait les choses à l'envers. Je croyais que le droit s'imposait et devait permettre aux individus de vivre ensemble. Or c'est le contraire, le droit se doit d'être attractif. Je me demande si, dans cette logique, on ne désarme pas face aux grandes entreprises qui, habilement, imposent leurs règles, lesquelles en général ne leur sont pas défavorables. Je suis donc gêné par la façon de poser le problème. Nous sommes censés vivre dans la transparence, notamment nous les élus, mais les entreprises, elles, ne veulent pas l'être. J'ai beaucoup appris de ce rapport mais je suis encore plus inquiet depuis...

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – Pour répondre à vos questions, le souci de transparence et celui de la protection du secret sont des préoccupations distinctes. La transparence des comptes est nécessaire, compte tenu de l'actualité. La protection des secrets d'affaires est elle aussi indispensable, car nos entreprises évoluent dans une compétition mondiale. C'est le droit qui les protège et les rend compétitives.

Pour répondre à Jean-Jacques Hyst sur les avocats en entreprise, dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, c'est l'habilitation demandée par le Gouvernement pour travailler sur la question qui a mis le feu aux poudres, par son caractère général et imprécis. Les auditions ont montré que les avocats, d'une part, et les juristes d'entreprise, d'autre part, restent campés sur leurs positions. Il faudra trancher entre les deux pistes que nous évoquons dans notre rapport ou bien trouver un autre système, « à la française »...

Par ailleurs, la création de sociétés par actions simplifiées ne fera pas disparaître les sociétés anonymes, car les sociétés par action simplifiées ne peuvent pas, pour leur part, être cotées en bourse.

Enfin, je rappelle que la confidentialité des comptes, lorsqu'une société demande à en bénéficier, n'est pas opposable à l'autorité judiciaire, et donc ne fait pas obstacle aux dispositifs de prévention des difficultés des entreprises.

M. Michel Delebarre, co-rapporteur. – Je partage les propos de mon co-rapporteur. Je voudrais conclure en soulignant la qualité et la richesse des auditions, qui ont permis une ouverture intéressante.

M. Hugues Portelli. – Le rapport d'information est intéressant, mais ne traite qu'une toute petite partie du problème. Si les entreprises délocalisent, ce n'est pas uniquement à cause du statut des avocats et des juristes d'entreprise.

M. Philippe Bas, président. – Le rapport d'information de nos collègues ne traite pas uniquement de cette question.

La commission autorise la publication du rapport d'information.

COMPTE RENDU DES AUDITIONS DU 11 MARS 2015

M. ANTOINE GARAPON,
CO-AUTEUR DE **DEALS DE JUSTICE. LE MARCHÉ AMÉRICAIN**
DE L'OBÉISSANCE MONDIALISÉE ET
MME ASTRID MIGNON COLOMBET,
AVOCATE ASSOCIÉE AU CABINET **SOULEZ LARIVIÈRE & ASSOCIÉS**

M. Philippe Bas, président. – Nous accueillons Antoine Garapon et Astrid Mignon Colombet, auteurs avec Pierre Servan-Schreiber d'un ouvrage intitulé *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Cet ouvrage explore la manière dont les autorités de régulation américaines obligent les entreprises à se conformer à leurs prescriptions en renonçant à se défendre judiciairement, et diffusent ainsi leurs propres normes dans les entreprises étrangères.

Mme Astrid Mignon Colombet, avocate associée au cabinet Soulez Larivière & associés. – C'est du point de vue de l'avocate pénaliste que je vous présenterai une pratique, qui connaît depuis dix ans un essor considérable : des entreprises françaises ont conclu avec le parquet américain des accords de justice négociés. Pour avoir été parmi les premiers à défendre une entreprise française dans une telle procédure, mon cabinet en est un expert. Cette pratique était peu connue en France, jusqu'à ce qu'en 2014 l'opinion publique de notre pays soit frappée par l'énormité de l'amende infligée à BNP Paribas, à la suite d'un accord de *guilty plea* : 9 milliards de dollars, pour avoir enfreint les règles américaines sur l'embargo. Six mois plus tard, des allégations de corruption contraignaient Alstom à s'acquitter de 772 millions de dollars. Plusieurs entreprises françaises avaient déjà dû signer des accords appelés *deferred prosecution agreements (DPA)*, transactions pénales sans équivalent en France, pour des montants de plusieurs millions de dollars.

Il en est résulté un sentiment de grande vulnérabilité des entreprises françaises, désormais régies par un système juridique qui leur est entièrement étranger et dans lequel il est davantage question du montant des amendes que de la vérité des faits. Il s'agit de comprendre ce modèle global en construction, dans lequel évoluent d'ores et déjà nos entreprises, soumises aux règles américaines par l'extra-territorialité des normes, afin de développer une réponse adaptée à notre culture judiciaire et aux pratiques de nos entreprises.

Depuis l'adoption de la loi américaine sur les sanctions économiques (*Foreign Corrupt Practices Act*), toute opération en dollars effectuée par une entreprise française et transitant par un compte bancaire aux États-Unis relève de la compétence des tribunaux américains. Le procès américain étant long, onéreux et radical dans ses conséquences – il peut conduire à la disparition de la société mise en cause –, les entreprises cherchent à y échapper, quitte à

conclure des *deals* de justice dont les montants nous semblent énormes. Ces procédures n'ont pas d'équivalent en France. L'entreprise qui opte pour un *guilty plea* reconnaît formellement sa culpabilité ; elle renonce du même coup aux marchés publics et à la possibilité de soumissionner aux appels d'offres. Plus étrangers encore à nos habitudes, les *deferred prosecution agreements* ne matérialisent pas une condamnation : afin d'obtenir l'abandon des poursuites, l'entreprise reconnaît les faits par un *statement of fact*, non sa culpabilité, et se soumet pour une durée variant de un à trois ans à des mesures de prévention sous le contrôle d'un moniteur. Troisième type d'accord, le *non prosecution agreement* : avant même l'ouverture des poursuites, l'entreprise reconnaît des éléments de fait et s'acquitte d'une amende. Le procureur conserve bien sûr la possibilité d'initier des poursuites pendant toute la durée de l'accord, comme dans un classement avec condition en droit français.

Si tout semble séparer les systèmes français et américain, l'écart tend actuellement à se réduire sous l'impulsion du droit global. La loi française du 6 décembre 2013 contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a amené une augmentation considérable des amendes dont sont passibles les personnes morales – elles peuvent désormais être égales au double du produit de l'infraction. La banque UBS a ainsi versé une caution de 1,1 milliard d'euros. En outre, une réflexion est parallèlement en cours aux États-Unis afin de mieux réglementer les *deals* de justice, dépourvus de base législative précise, en renforçant le contrôle du juge judiciaire sur ces accords.

Dans ce rapprochement progressif, il ne reste à la France qu'un pas à accomplir si elle souhaite intégrer ce modèle en construction. Si l'instauration d'une justice pénale négociée suppose pour nous, selon l'expression du président du tribunal de grande instance de Paris, une « révolution culturelle », ses propres déclarations du 19 janvier dernier laissent penser qu'elle est déjà en marche : il prône le développement d'une procédure de « plaider coupable » dans les affaires de délinquance économique et financière, en recourant à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Sa création répondrait aux rapports sévères de l'OCDE sur les délais de traitement des dossiers par les juridictions françaises. La célérité ne peut cependant être l'unique motif pour recourir à des procédures de justice négociée, car la reconnaissance de culpabilité postulée par la CRPC entraîne de lourdes conséquences pour l'accès aux marchés. Or le *DPA*, tel qu'il est pratiqué aux États-Unis et en Grande-Bretagne, ne présente pas cet inconvénient : il n'oblige l'entreprise qu'à reconnaître des faits. Les outils d'une justice négociée doivent autoriser une discussion réelle avec le procureur. Selon le rapport de l'OCDE de 2014, 69 % des affaires de corruption transnationales sont résolues par la voie de la justice négociée. Celle-ci doit absolument être développée en France, si nous voulons entrer dans la logique globale à laquelle sont d'ores et déjà confrontées les entreprises françaises.

La naissance dans notre pays d'une culture judiciaire positive de la prévention des délits économiques et financiers dépend de la possibilité de

discuter avec le procureur, alors que notre approche actuelle est uniquement répressive. La prévention est la grande absente des politiques françaises de lutte contre la corruption, quoique les grandes entreprises françaises aient déjà développé des politiques de mise en conformité (*compliance*) aux normes anti-corruption, mais hors de tout cadre juridique français. Aux États-Unis ou en Grande-Bretagne, en revanche, les programmes de *compliance* mis en place par les entreprises peuvent avoir un effet bénéfique et être pris en compte en cas de poursuites.

Le développement d'une justice de coopération peut, dans le cadre des conventions internationales existantes, suivre deux pistes. Mieux appliquer, tout d'abord, dans le contexte international la règle *non bis in idem*, qui interdit de poursuivre une personne deux fois pour les mêmes faits. Elle est inscrite dans la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et figure dans le pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques. Alors que la corruption est réprimée par une convention internationale, elle donne lieu à des poursuites différentes dans différents pays. Comment adapter la règle *non bis in idem* à la spécificité de ces infractions ? La convention de l'OCDE comporte pourtant déjà un mécanisme par lequel les États peuvent se concerter en amont des poursuites afin de déterminer lequel est le mieux à même de les exercer. Un exemple récent montre que l'abandon des poursuites est bien plus facilement décidé par un État lorsqu'un procureur local d'un autre État a déjà pris l'initiative de sanctionner l'entreprise en cause : la société SBM Offshore a annoncé le 12 novembre 2014 qu'elle acceptait de payer 240 millions d'euros au ministère public néerlandais pour des faits de corruption d'agent public étranger et que le département de la justice américain, satisfait de cette sanction, renonçait à la poursuivre.

La revalorisation de notre loi de blocage du 26 juillet 1968 constitue une seconde piste. Alors que les enquêtes américaines auxquelles sont exposées les entreprises françaises sont bien plus intrusives que les nôtres, notre loi de blocage est méconnue par les juges américains et anglais. Depuis l'arrêt de la Cour suprême concernant Aérospatiale en 1987, son application est régulièrement rejetée aux États-Unis au motif qu'elle n'est pas suffisamment effective et n'a donné lieu en France qu'à une seule condamnation pénale en trente ans. L'expression « loi de blocage » est d'ailleurs impropre : elle laisse croire à une interdiction de communiquer des documents aux autorités étrangères, alors qu'elle vise à aiguiller leurs enquêtes vers les procédures prévues par les traités internationaux, comme la convention de La Haye sur l'obtention des preuves. Cette approche constructive doit être encouragée et la loi de 1968 comprise comme gardienne des conventions internationales.

M. Antoine Garapon. – Les affaires BNP Paribas et Alstom nous obligent à un revirement stratégique. La France avait implicitement choisi une justice faible, n'intervenant pas sur les questions de corruption, de sorte que les poursuites auxquelles nous avons renoncé sont désormais conduites par la justice américaine, et que les amendes infligées par elle alimentent le Trésor des

États-Unis. Nos institutions sont, à juste titre hélas, décriées à l'étranger : notre justice fait aussi peu contre la corruption. Or c'est essentiellement par le département de la justice américain, les autorités anglaises, allemandes et italiennes que nous serons jugés. Est crédible une justice qui intervient dans des délais pertinents et se donne les moyens d'obtenir les informations nécessaires. La nôtre en est empêchée par la complexité accrue des affaires – Thalès travaille par exemple avec 70 régulateurs dans le monde – et par le fait que la preuve ne se trouve plus désormais dans l'espace public, mais est détenue par le privé. D'où l'apparition aux États-Unis d'une profession spécialisée dans l'obtention, à titre onéreux, des preuves : les *forensics*. Leur coût de plus en plus élevé rend les enquêtes insoutenables économiquement.

Si notre justice n'est pas crédible, c'est parce qu'elle n'est pas en mesure de traiter des contentieux vivants et parce que la répartition des magistrats entre juridictions administratives, comptables et judiciaires fait que les juges judiciaires sont tenus éloignés de la vie des entreprises, qu'ils ne connaissent pas. La force de leurs collègues américains ou allemands tient au contraire à la très grande porosité entre professions du droit et à la circulation des élites entre les postes de juges, de régulateurs et d'acteurs économiques.

Alors que les Pays-Bas ont infligé une amende de 450 millions, qu'Alstom a dû s'acquitter de 850 millions de dollars et BNP Paribas de 9 milliards de dollars, Safran a été condamnée en France à 500 000 euros, sanction qui a d'ailleurs été cassée en appel. Le manque de moyens de la justice s'aggrave de la faiblesse de ses condamnations.

Les entreprises françaises prennent désormais conscience que nous avons besoin d'une justice capable d'interventions et de répressions crédibles, pour éviter que d'autres fassent le ménage chez nous. Si nous disposons de l'équipement législatif nécessaire, il n'est pas mis en œuvre par le travail de la justice. Il est indispensable de créer un nouveau statut de procureur financier, qui ne soit plus soumis au « verrou » de Bercy et bénéficie de la plénitude de juridiction. Ce pourrait être un ancien directeur juridique ou un acteur économique connaissant bien le milieu des affaires, comme cela se fait dans de nombreux pays et ainsi que cela se pratique un peu à l'Autorité de la concurrence ou à l'Autorité des marchés financiers.

La perspective de la répression en sera transformée : notre justice cherchera moins à punir qu'à redresser et les amendes transactionnelles donneront une seconde chance aux entreprises, pourvu qu'elles prennent des engagements fermes et définitifs.

Il importe que nous nous dotions d'un statut d'avocat d'entreprise – une occasion de le créer a été manquée avec la loi « Macron ». Les directeurs juridiques des grandes entreprises françaises sont de moins en moins des Français, parce que notre culture manque d'un juste respect pour la loi : la moindre condamnation soulève contre le « gouvernement des juges » un tollé dont nos partenaires étrangers s'étonnent. Lors d'une réunion des directeurs

juridiques du CAC 40 organisée par un grand cabinet américain, il y avait deux Français sur douze. Or la fonction de directeur juridique d'entreprise revêt une importance décisive pour la question qui nous préoccupe.

Dans la guerre économique que nous livrons, il importe de ne pas nous tromper de bataille : les standards internationaux du droit sont là, nous ne les changerons pas. L'enjeu n'est plus de défendre le droit français, mais de nous mettre en ordre de bataille pour que la place de Paris, pour que la France soient en mesure de jouer pleinement leur rôle dans cet univers de grande concurrence économique. La fonction juridique, le droit et la justice judiciaire sont appelés pour cela à jouer un rôle majeur.

M. Philippe Bas, président. – Votre riche propos présente pour nous certains paradoxes : la formation dominante en France nous fait apparaître les États-Unis comme un coupe-gorge pour nos entreprises, plutôt qu'elle ne nous fait percevoir un retard français et la nécessité d'assainir les comportements des entreprises. Vous nous invitez à porter un autre regard sur le système américain, que nous soyons législateurs, magistrats ou chefs d'entreprises.

M. Michel Delebarre, rapporteur. – Le *Kriegspiel* que vous nous décrivez donne une impression curieuse. Vous nous avez décrit les États-Unis comme un pays où tout n'est pas jugé d'avance. Je me demande cependant pourquoi nous serions voués à nous ranger derrière la pratique américaine. Est-ce le destin des entreprises françaises qui travaillent à l'international, parce qu'elles utilisent le dollar ? Plus redoutable encore est l'injonction adressée à la justice française de s'adapter aux règles imposées par les États-Unis.

M. Christophe-André Frassa, rapporteur. – La procédure américaine du *deal* fait supporter le coût de l'enquête à l'entreprise. Qu'en est-il dès lors de l'indépendance et de l'impartialité des investigations ? Comment les victimes sont-elles indemnisées ? Enfin, quel intérêt y a-t-il pour la France à transposer ce modèle ?

M. Pierre-Yves Collombat. – « *Ces évolutions nous échappent, feignons de les guider* »... Le revirement est plus conceptuel que stratégique. Une justice négociée ? Il y a une contradiction dans les termes. Le système revient à créer une régulation entre les entreprises, de manière à ce qu'elles soient toutes soumises aux mêmes obligations, mais cela conduit à placer l'activité économique hors justice. Il en résulte une justice entre soi dont les magistrats, s'ils sont indépendants des électeurs, ne le seront pas des milieux d'affaires. Cela me rappelle le président Roosevelt, à qui l'on demandait comment il avait pu nommer un ancien gangster à la tête de la CIA, et qui avait répondu que seul un gangster était qualifié pour ce métier.

Régis Debray, dans *L'édit de Caracalla*, nous voyait en passe de devenir Américains. C'est apparemment ce qui nous attend. Requiem pour l'Europe ! Voilà toute la protection qu'elle nous aura procurée : si nous voulons continuer d'exister et de payer en dollars, il nous faut faire comme les Américains...

M. Jean-Yves Leconte. – Les PME doivent aussi faire face aux difficultés du droit de la concurrence. Or elles n'ont souvent pas les moyens de faire valoir leurs droits.

La France a pris position, dans les négociations du partenariat transatlantique, contre l'arbitrage. Cela vous semble-t-il cohérent avec vos préoccupations, ou êtes-vous favorables au développement de l'arbitrage ?

Si les États-Unis aiment le droit, l'économie chinoise a dépassé en 2014 l'économie américaine. Les évolutions que vous nous proposez ne se fondent-elles pas sur l'observation du monde d'hier ?

M. Philippe Bas, président. – Autrement dit, le modèle chinois serait plus pertinent pour développer nos affaires que le modèle américain ?

M. Jean-Yves Leconte. – C'était bien sûr une caricature, mais quels sont au juste les rapports de force à prendre en compte aujourd'hui ?

M. Jean-Pierre Sueur. – Nous nous heurtons en effet à un problème culturel : vous constatez la domination effective d'un système étranger et vous dites que nous sommes hors jeu si nous ne nous y adaptons pas. Considérez les conséquences de ce raisonnement.

Les juges américains sont élus, parfois avec le soutien financier d'entreprises. Bien qu'ils reçoivent ensuite une formation et prêtent serment d'impartialité, il reste difficile d'y croire tout à fait.

Je reste perplexe à l'idée que la preuve s'achète : comment n'est-elle pas, dès lors, pervertie dans son principe même ? Le rapport de forces actuel justifie-t-il que nous jetions par-dessus bord nos conceptions de la justice ?

Que pensez-vous, enfin, du fonctionnement de nos tribunaux de commerce ?

M. René Vandierendonck. – Nos intervenants ont le mérite de poser de vraies questions : le système français ne donne pas pleinement satisfaction pour les contentieux commerciaux. Il demeure qu'il y a lieu de s'interroger sur la formation des avocats d'entreprise : les titulaires du CAPA passés par des écoles de commerce sont happés dès la sortie par les grands cabinets.

La formation des magistrats méconnaît largement le droit commercial international. Il en va de même des écoles de commerce, où il n'est enseigné qu'à titre optionnel. J'ai été élevé, comme tout le monde, au « Long, Weil et Braibant » et, bien que je n'aie aucune envie de révolutionner le système juridique français, vos exposés nous invitent à nous poser de vraies questions.

M. Jean-René Lecerf. – Je partage les réactions de mes collègues : s'agit-il encore de justice ou de rapports de force ? Reste que les entreprises font tout pour éviter, par exemple, les contentieux du travail, parce qu'elles savent qu'ils se retourneront entièrement contre elles et préfèrent souvent organiser un *deal* pour y échapper. Dès lors, la préoccupation de la survie des entreprises et

des emplois qui en dépendent est-elle bien présente dans cette nouvelle conception de la règle de droit et de la justice ?

M. Jean-Jacques Hyest. – Face à la mondialisation que connaît le droit des affaires et à l'appétence des Américains pour les activités juridiques, nous ne sommes que des enfants de chœur... Les États-Unis comptent dix fois plus de juristes par habitant que la France.

Je garde un doute sur l'idée que les juristes d'entreprises fassent office d'avocats. Les entreprises américaines, qui en emploient, s'offrent également le concours de cabinets très puissants. Il existe déjà en France une justice pénale négociée : celle des procédures conduites par l'Autorité de la concurrence et par l'Autorité des marchés financiers, qui peuvent sanctionner conventionnellement les pratiques répréhensibles. L'on a trop pénalisé le droit des affaires : les amendes civiles sont tout aussi efficaces, comme on le constate dans le droit des sociétés.

Si nous sommes sensibilisés au sort des grandes sociétés françaises condamnées aux États-Unis, les sociétés américaines ne sont pas mieux loties. Je ne pose plus de questions sur l'efficacité de la justice dans ce domaine, ni sur la qualification des magistrats, je risquerais de devenir critique.

M. Christophe-André Frassa, rapporteur. – Comment les juristes qui rempliraient les fonctions d'avocat en entreprise les concilieraient-ils avec le secret professionnel ?

Mme Astrid Mignon Colombet. – Votre surprise me surprend et me rappelle l'état d'esprit qui était le mien lorsque nous avons commencé à travailler à ce livre. Nous avons considérablement évolué, la particularité de ce droit global étant justement d'être en perpétuelle mutation. Dès lors que les entreprises y prennent une part centrale, il ne s'agit plus de vouloir se soumettre, mais d'avoir une approche pragmatique.

Le directeur juridique, ou *general counsel*, joue désormais un rôle essentiel dans l'entreprise et siège à son comité exécutif. Les avocats des grandes firmes américaines sont les nouveaux auteurs de la doctrine.

M. Pierre-Yves Collombat. – Peut-on encore parler d'indépendance ?

M. Jean-Pierre Sueur. – Que représente ce pragmatisme ?

Mme Astrid Mignon Colombet. – La clef pour comprendre ce système, et non s'y soumettre, est le pragmatisme : considérons-le tel qu'il est et déterminons nos possibilités d'action. Gardons-nous du dogmatisme qui applique mécaniquement une règle préétablie. La justice pénale négociée n'existe pas seulement aux États-Unis, mais aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Allemagne... Elle est restreinte en France aux procédures conduites par les autorités de régulation, non par les procureurs.

Nous avons le projet de créer, à l'horizon 2017, un procureur européen doté d'un pouvoir de transaction pénale : cette évolution est bien

engagée en Europe. Pourquoi s'y soumettre ? Parce que Transparency International le propose par exemple : cet organisme a publié le 25 février 2015 un plaidoyer éloquent en faveur d'une justice transactionnelle. Si le procès était l'alpha et l'oméga de la réponse pénale aux infractions internationalement poursuivies, nous le saurions. Il y a déjà des modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine du commerce, du social, des prud'hommes. Pourquoi la matière pénale devrait-elle être exclue de la réflexion sur la justice négociée ?

M. Antoine Garapon. – Je partage votre émoi. Je souhaite que notre pays échappe à la ringardisation qui le menace : face à la tendance commune en faveur d'un droit global, nous sommes très en retard, voire exclus. Voilà pourquoi l'enjeu est quasi patriotique.

M. Frassa soulevait à juste titre la question de l'indemnisation des victimes : les amendes colossales infligées aux entreprises fautives vont au Trésor américain. Des pourparlers sont en cours entre le département de la justice et la Banque mondiale en vue du transfert d'une partie de ces fonds.

Loin de feindre de guider des évolutions qui nous échappent, monsieur Collombat, il s'agit d'y prendre part. Or la France est dépourvue d'institutions juridiques aptes à contrôler les entreprises. Les mesures de justice qui n'ont pas été prises aux États-Unis lors de la crise économique de 2008 le sont actuellement grâce aux *deals* de justice. Pas chez nous : ce début de justice nous manque encore.

L'Institut des hautes études sur la justice, dont je suis secrétaire général, se penche sur le problème des PME : comment pallier leur difficulté à accéder aux conseils juridiques adéquats ? Cela implique de les porter au niveau des standards mondiaux.

Je ne suis pas favorable à l'arbitrage, parce que la justice ne doit pas être rendue dans l'entre-soi. Une cour mixte, comptant trois juges de la Cour suprême des États-Unis et trois juges de la Cour de justice de l'Union européenne, me semble préférable.

Nos observations ne portent pas sur le monde d'hier, c'est malheureusement la France qui a du mal à embrayer sur la mondialisation. Nous critiquons la circulation des élites américaines entre les grands cabinets d'avocats et les services de l'État, mais nous n'avons pas de leçon d'impartialité à donner : nos partenaires ne voient pas d'un meilleur œil la circulation de nos propres élites entre l'inspection des finances et la direction des grandes entreprises nationalisées.

Les tribunaux de commerce représentent une bonne solution, à condition bien sûr de les réformer. Des réflexions sont en cours, notamment au cercle Montesquieu...

M. Jean-Pierre Sueur. – En quel sens ?

M. Antoine Garapon. – En mettant en fin aux conflits d'intérêt, qui sévissent particulièrement dans des tribunaux de commerce de province. La

justice ne doit plus être rendue entre commerçants, mais prendre en compte l'environnement social et l'emploi. Une justice professionnelle est une bonne chose, à condition qu'elle inclue toutes les parties prenantes.

Nos conceptions divergentes de la justice représentent un problème de fond de la mondialisation. Au modèle français, punitif et tourné vers le passé, s'oppose une conception dynamique, tournée vers le futur, dont le but est d'apurer le marché mondial de ceux de ses acteurs qui ne respectent pas la règle du jeu.

Quant à la survie des entreprises, Siemens s'en est bien sortie en respectant les règles du jeu, alors qu'Alstom a été démembrée. Notre objectif est de protéger les entreprises françaises du démembrement.

M. Philippe Bas, président. – Nous vous remercions d'avoir ouvert des pistes intéressantes pour renforcer la lutte contre la corruption et construire un équilibre entre prévention et répression. Les réalités que vous avez évoquées ont pu nous choquer. Nous ne manquerons pas de revenir vers vous si nécessaire au fur et à mesure que nous approfondirons notre réflexion sur l'ensemble de ces sujets.

**MME CLAUDE REVEL, DÉLÉGUÉE INTERMINISTÉRIELLE
À L'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE,
ET MME CAROLINE LÉBOUCHER, DIRECTRICE GÉNÉRALE ADJOINTE
DE BUSINESS FRANCE**

M. Philippe Bas, président. – Nous sommes heureux d'accueillir Mme Claude Revel, déléguée interministérielle à l'intelligence économique, qui est accompagnée de son collaborateur, M. Bruno Lartigue, ainsi que Mme Caroline Leboucher, directrice générale adjointe de Business France et Mme Sandrine Coquelard, chef du pôle expertise et attractivité au sein de cette agence. Poursuivons cette confrontation entre nos pratiques en matière de droit des entreprises et ce que les intervenants précédents ont appelé le droit global, auquel le Conseil d'Etat a consacré un rapport en 2001.

Mme Claude Revel, déléguée interministérielle à l'intelligence économique. – Rattachée depuis 2013 aux services du Premier ministre, la délégation interministérielle à l'intelligence économique assure quatre missions : la veille et l'anticipation sur l'environnement international, la sécurité économique de l'immatériel (savoir-faire, données, normes, etc.), l'influence dans les lieux de décision juridique et la formation des acteurs privés et publics au réflexe d'intelligence économique. Loin de se limiter à des enjeux sécuritaires, l'intelligence économique constitue un outil de management au service de l'État et des entreprises. Au sein de la délégation, nous travaillons à partir de sources ouvertes, car nous ne sommes pas un service de renseignement.

Le droit est un vecteur de compétition dans le monde globalisé, une arme au service des États, même si cette idée n'est pas encore assez développée en France. Le classement *Doing Business* de la Banque mondiale, par exemple, constitue une manœuvre d'influence, ainsi que l'avouaient les rapports de 2004 et 2006. Nous sommes dans un monde de compétition normative et réglementaire, au niveau des États comme des entreprises.

Une entreprise française qui se développe à l'international peut utiliser n'importe quel droit. Néanmoins, le droit français offre souvent des avantages, comme j'ai pu le constater, au cours des nombreuses années où j'ai travaillé dans le privé. Dans le BTP, notamment, sur les grands projets d'infrastructure, le droit français offre une sécurité juridique appréciable tout en étant peu coûteux, car moins long à mettre en œuvre que le droit anglo-saxon. Celui-ci a pourtant pris une importance capitale dans le droit des affaires, où il couvre 75 % des transactions. Il a été particulièrement bien promu par les États-Unis dans les nouveaux pays d'Europe de l'Est. Peut-être devrions-nous les imiter.

Nous travaillons avec le ministère des Affaires étrangères pour améliorer la protection des investisseurs étrangers en France, ainsi que pour les actionnaires minoritaires. Nous disposons déjà de certains atouts spécifiques, et bien que nous brillions moins pour la vitesse de délivrance des permis, nous proposons des sécurités juridiques très appréciées des investisseurs étrangers.

Nous avons également beaucoup réfléchi au texte sur le secret des affaires, qu'avaient précédé la proposition de loi de M. Carayon puis celle de M. Urvoas. L'objectif est d'assurer la protection des informations stratégiques détenues par les entreprises en matière d'innovation. Aux États-Unis, le dispositif de protection pour garantir le secret des affaires est très important : protection civile au niveau des États et protection pénale au niveau fédéral avec l'*Espionage Act* de 1996. Une directive européenne est en cours d'élaboration pour harmoniser les systèmes de protection qui ont cours dans les États membres et qui sont souvent meilleurs que celui dont nous disposons en France. Aux États-Unis, le comité chargé de contrôler les investissements étrangers (CFIUS) est d'autant plus efficace que son champ d'intervention reste ouvert, avec comme seul objectif la sécurité nationale. Nous ne disposons pas du même niveau de protection en France.

Les sanctions extraterritoriales qu'appliquent les États-Unis sont énormes. En plus de l'amende forte qu'elles doivent verser, les entreprises voient leur réputation mise à mal. Or ce sont souvent les Européens qui font les frais de ces sanctions – à 80 %, soit les trois quarts des entreprises concernées. À l'amende pécuniaire s'ajoute l'obligation de mettre en place un *monitor* adoubé par les autorités américaines et ayant accès à toutes les informations concernant l'entreprise sanctionnée. Le risque de fuite est important. Pour nous protéger, nous disposons de la loi dite de blocage, promulguée en 1968 et modifiée en 1980, grâce à laquelle les entreprises peuvent faire intervenir le ministère des Affaires étrangères quand on leur demande des informations stratégiques. L'un

des objectifs du texte sur le secret des affaires était de renforcer ce dispositif, en luttant notamment contre la procédure intrusive de *discovery* utilisée par les anglo-saxons pour obtenir des données sensibles, voire confidentielles.

Le droit français nécessite d'être renforcé pour pouvoir offrir aux investisseurs étrangers le même niveau de protection qu'ailleurs. Au niveau européen, un règlement du 22 novembre 1996 prévoit une protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers. Il faisait suite à l'adoption des lois Helms-Burton aux États-Unis. Il n'a jamais été abrogé, mais personne ne l'applique. C'est dommage.

Je ne crois pas que les entreprises françaises aient de problème particulier à arbitrer entre les différents droits qu'elles peuvent utiliser. Si elles décident de passer des contrats internationaux, elles devront se doter d'un service juridique de qualité et choisir le droit qui leur sera le plus favorable. Le recours à un droit étranger ne les fragilise pas, sauf si elles se laissent imposer un droit qui ne sert pas leurs intérêts. Le droit est un enjeu stratégique, dont la direction de l'entreprise doit se saisir en amont de la négociation du contrat, en s'entourant des meilleurs conseils pour opérer les bons arbitrages. En Chine, on sait par exemple qu'une cour est favorable aux étrangers, tandis que l'autre ne l'est pas.

Le droit sera de plus en plus vecteur d'influence. Aux intrusions des pirates s'ajoutent les intrusions légales, du type de la procédure *discovery*, mais aussi les achats de pépites technologiques par des investisseurs étrangers. À nous de savoir protéger nos entreprises les plus intéressantes, susceptibles de générer des milliers d'emplois, plutôt que de les laisser partir.

Mme Caroline Leboucher, directrice générale adjointe de Business France. – Notre agence est née ce 1^{er} janvier 2015 de la fusion entre l'Agence française pour les investissements internationaux et UbiFrance. Elle a trois missions : le développement international des entreprises françaises et de leurs exportations, la prospection et l'accueil des investisseurs étrangers, et enfin l'attractivité – et non la compétitivité – de la France et de ses territoires.

Vis-à-vis des investisseurs étrangers, Business France a un rôle d'écoute, d'information et de persuasion, afin de favoriser l'implantation d'entreprises étrangères sur notre territoire. À ce titre, nous effectuons chaque année plus de 5 000 entretiens approfondis. En ce qui concerne l'export, nous offrons aux entreprises françaises de les accompagner dans des salons, en personnalisant notre service pour les PME de croissance et les entreprises de taille intermédiaire à fort potentiel. L'agence se contente d'informer les entreprises sur le cadre réglementaire applicable à l'étranger.

Chaque année, Business France propose des mesures pour renforcer l'attractivité de la France. Nous assurons le secrétariat du conseil stratégique de l'attractivité, qui réunit deux fois par an les dirigeants de grands groupes internationaux autour du Président de la République et du Gouvernement. Nous animons des clubs et des communautés d'affaires, notamment une

conférence des dirigeants français qui travaillent dans des entreprises internationales, à l'étranger.

Ces initiatives ont donné lieu à un certain nombre de travaux d'analyse, dont un livre blanc sur l'attractivité de la France, établi à partir de 17 classements internationaux, et un tableau de bord de l'attractivité française où figurent des éléments de comparaison avec les autres pays européens.

L'internationalisation de l'économie française est indéniable. Plus de six millions d'emplois dépendent directement ou indirectement des activités d'export, ce qui représente un quart de la population active. Les entreprises françaises sont très présentes à l'international, avec 38 000 filiales installées hors de France, soit plus de 56 % des salariés et 54 % du chiffre d'affaires de ces groupes. Plus de 20 000 entreprises étrangères installées en France emploient plus de deux millions de personnes. Chaque année, nous accueillons plus de 700 projets d'extension ou d'implantation d'entreprises étrangères sur notre territoire. Ces cinq dernières années, 40 % des entreprises étrangères installées en France ont réinvesti.

Les dirigeants d'entreprises étrangères que nous rencontrons se plaignent de l'instabilité et de l'absence de lisibilité du cadre réglementaire français, de la fiscalité, du droit du travail et du droit social ou encore de règles relatives à l'immigration professionnelle contraignantes. Le secret des affaires, le droit boursier, la propriété intellectuelle sont des sujets qui suscitent parfois des interrogations, mais pas de critiques particulières, ce qui est étonnant car la comparaison avec d'autres pays serait facile à faire.

Nos interlocuteurs évoquent une sur-transposition du cadre communautaire, notamment dans le domaine de l'environnement. Le cadre européen du droit de la concurrence en matière de concentration et d'aides de l'État pose également problème. Les États-Unis ou le Japon accordent aux entreprises étrangères qui choisissent de s'implanter sur leur territoire des subventions contre lesquelles nous ne sommes pas en mesure de lutter. Enfin, sur les quartiers généraux, la perte d'attractivité et de compétitivité de la France est essentiellement liée à la fiscalité, qu'il s'agisse des personnes physiques, des stock-options ou des charges sociales.

Les classements internationaux sont un vecteur d'influence essentiel à l'international. Même si les entreprises n'en font pas un facteur décisif dans le choix de leur implantation, le rôle de ces classements reste déterminant dans la construction de l'image d'un pays. L'an dernier, la France a pris la 31^{ème} place dans le classement *Doing Business* de la Banque mondiale, auquel Mme Revel faisait référence, améliorant ainsi son score de sept places. Ce classement reflète la bataille qui se livre entre les tenants du droit anglo-saxon et ceux du droit latin ou continental. Dans les notes d'appréciation que la Banque mondiale publie chaque année sur le cadre réglementaire applicable dans les différents pays, la préférence donnée au droit anglo-saxon est un choix clair, sur des sujets

comme la protection des investisseurs, les droits des créanciers, l'obtention des prêts, la publication d'un registre positif des crédits, etc.

Une fondation du droit continental avait été créée, il y a une dizaine d'années, pour faire réagir les milieux juridiques et académiques, dans la lutte d'influence qui se joue. Cette institution est moins active aujourd'hui. Peut-être faudrait-il la réactiver ? En attendant, nous entretenons un dialogue constant avec les auteurs de classements internationaux, afin de leur prouver que sur bien des sujets le droit latin n'est pas moins efficace que le droit anglo-saxon.

M. Michel Delebarre, rapporteur. – Nos entreprises françaises sont-elles suffisamment accompagnées dans leur offensive à l'international ? S'appuient-elles uniquement sur votre action, ou bénéficient-elles d'un relais opérationnel qui concrétise les résultats de vos analyses en améliorant les pratiques mises en œuvre ?

M. Christophe-André Frassa, rapporteur. – Je vous remercie pour ces interventions claires et nourries.

Madame Revel, les entreprises ont-elles vraiment recours à la loi de blocage dans une situation de contentieux, ou cette possibilité est-elle rarement utilisée ? L'arsenal législatif de notre pays est-il suffisant pour lutter contre l'espionnage industriel, ou bien faut-il envisager une réforme pour le renforcer ? Le parquet est-il assez actif sur ce sujet ? Les entreprises sont-elles informées des moyens juridiques dont elles disposent pour se protéger ?

Madame Leboucher, notre droit des entreprises est-il suffisamment « sexy » pour séduire les investisseurs étrangers ou bien faut-il améliorer sa compétitivité ? L'intervention de la justice française en cas de contentieux inquiète-t-elle les investisseurs étrangers ? Je ne crois pas que les Américains soient très impressionnés par les juges français. Qu'en est-il dans les autres pays ?

M. René Vandierendonck. – Dans quelle mesure l'effort de clarification des compétences des régions peut-il contribuer au développement de l'attractivité de notre pays ? Du point de vue de l'intelligence économique, quelles compétences l'État doit-il conserver ? S'il n'y a pas péril en la demeure dans l'affrontement entre les tenants du droit anglo-saxon et les partisans du droit continental, ne gagnerait-on pas, tout de même, à développer la dimension internationale de la formation aux métiers du droit ?

M. Jean-Pierre Sueur. – L'« intelligence économique » est une expression étrange. Je m'étais fâché, naguère, contre un préfet qui en faisait usage. En fait, il s'agit tout simplement de vol.

Mme Claude Revel. – Pas exactement...

M. Jean-Pierre Sueur. – Nous cultivons une certaine naïveté en France par rapport à l'ampleur des moyens mis en œuvre pour capter les données et les technologies. L'espionnage industriel est devenu difficile à démasquer, car il est de plus en plus sophistiqué. Est-il utile alors de renforcer

les sanctions pénales contre le vol industriel et économique ? Une loi sur la contrefaçon, cette autre forme de vol, a été votée à l'initiative de Richard Yung. Les brillants stylistes et concepteurs de chez Dior ou LVMH sont systématiquement copiés. La loi a été votée, mais a-t-elle des effets ?

Le projet de loi « Macron » comportait un volet sur le secret des affaires. Les journalistes ont crié au scandale, sous prétexte qu'une telle mesure les empêchait de faire leur métier. Par mesure de prudence, elle a été retirée, et le ministre de l'économie préfère à présent attendre que soit votée la loi garantissant le secret des sources des journalistes – ce texte, actuellement bloqué dans la navette parlementaire, suffira-t-il à apaiser les craintes sur le secret des affaires ? Comment œuvrer contre les intrusions et les vols tout en garantissant aux journalistes qu'ils pourront faire leur métier ?

M. Jean-Yves Leconte. – Ma question est similaire à celle de Jean-Pierre Sueur.

Mme Claude Revel. – Le développement des entreprises françaises à l'international est suffisamment accompagné d'un point de vue quantitatif, mais pas qualitatif. L'État ne peut pas tout faire. C'est aux entreprises d'agir pour défendre leurs intérêts économiques, faire valoir leur activité de recherche, trouver le dispositif financier grâce auquel elles pourront exporter. En revanche, l'État doit développer sa politique d'accompagnement des entreprises lorsque les intérêts stratégiques de la France sont en jeu. Il ne s'agit pas seulement du nucléaire et de la défense, mais aussi, quel que soit le secteur, des intérêts stratégiques à long terme : « pépites » industrielles, filières nouvelles, transformation des PME en entreprises de taille intermédiaire... Pour l'instant, les interventions de l'État sont trop disséminées et ne se font pas suffisamment en amont pour être utiles, efficaces et rentables. Il faudrait déceler deux ou trois ans à l'avance les grands marchés et appels d'offre susceptibles de s'ouvrir à l'étranger, et relayer l'information auprès des entreprises. Les aides que l'État peut apporter aux entreprises ne sont pas seulement financières : il y a aussi l'influence, les contacts, tout ce qui relève de la diplomatie économique – que nous pratiquons déjà, heureusement.

Les entreprises limitent leur recours à la loi de blocage, car elles craignent d'entrer en conflit avec la partie adverse. C'est dommage, car les États-Unis, qui sont très hostiles à cette loi et qui favorisent le lobbying pour la faire abroger, trouvent là la preuve de son inefficience. La situation évolue : une cour du Delaware a reconnu en 2014 la validité du recours à la loi de blocage.

La protection contre l'espionnage doit être européenne et internationale. Nous travaillons avec les États-Unis sur la définition de standards internationaux en matière de propriété intellectuelle. Quant au *hacking*, en mettant en place des sanctions juridiques internationales, nous découragerons ceux qui s'y livrent, y compris les Chinois. Il est assez drôle de constater que chacun affirme toujours que c'est l'autre qui espionne. Pour

l'instant, les Américains refusent de coopérer avec les Chinois sur le sujet. C'est une erreur.

On estime que les intrusions dans les systèmes informatiques sont le fait d'une défaillance humaine dans 60 % des cas, qu'il s'agisse de codes mal protégés, de clefs USB égarées ou d'indiscrétions sur des forums de discussion. Un simple effort de sensibilisation du personnel dans les PME ou dans les laboratoires de recherche des pôles de compétitivité suffirait à rétablir la situation en bonne partie.

Nous n'améliorerons pas la compétitivité de notre droit en procédant par « copier-coller » du droit d'outre-Atlantique. Ne cassons pas la cohérence de notre système juridique, qui s'inscrit sur la même ligne que ceux de nos partenaires européens. L'enjeu n'est pas de nous opposer au droit anglo-saxon, mais de préserver la diversité du droit, qu'il soit anglo-saxon, continental ou chinois. Un droit unique n'est pas la meilleure solution. Certains grands juristes américains nous soutiennent sur ce point.

Il est essentiel de consacrer une partie de la formation aux métiers juridiques à l'intelligence économique. Dans les pays anglo-saxons, le *benchmarking* est permanent, et le droit est considéré comme une arme stratégique. Dans les entreprises, le poste de *general counsel* ou de conseil juridique est rattaché à la présidence, l'expertise juridique intervient avant et non après les décisions. Nos élites doivent s'en inspirer. Les scientifiques, à la pointe dans leur spécialité, ont trop tendance à considérer la matière juridique comme une discipline molle, ils seraient bien inspirés de lui accorder plus de considération.

Les régions ont un rôle primordial à jouer pour anticiper les investissements et les mutations économiques, et pour lutter contre les investisseurs prédateurs. Nous avons mené une étude d'ampleur sur l'intelligence économique territoriale, en impliquant les acteurs de terrain, qu'il s'agisse des services déconcentrés, des représentants de l'association des régions de France – son président Alain Rousset s'est beaucoup investi – ou des représentants des communautés de communes. Le droit s'élabore sur le terrain, dans les territoires.

Nous avons les armes nécessaires pour lutter contre la sophistication toujours plus poussée de l'intelligence économique. Les défaillances ne sont pas uniquement techniques, elles sont aussi comportementales. L'intrusion se fait également de manière légale, en s'abritant derrière le dispositif du droit étranger, et pas seulement américain : les Brésiliens en font autant.

La loi sur la contrefaçon a été très appréciée par les petites entreprises du secteur du textile, particulièrement exposées au pillage. Les juges sont trop débordés pour accorder à cette loi l'importance qu'elle mérite. Si on leur en détaillait les enjeux, c'est-à-dire parfois des centaines ou des milliers d'emplois à la clef, on les encouragerait à s'impliquer davantage. Nous

intervenons souvent sur ces questions auprès des élèves magistrats à l'école nationale de la magistrature.

Nous avons énormément travaillé pour faire aboutir le projet de loi « Macron » sur le secret des affaires, notamment avec le président Urvoas : nous avons sollicité deux agrégés de droit spécialisés sur le sujet, un ancien magistrat à la Cour de cassation, deux avocats, la responsable juridique du MEDEF, ainsi que les personnes compétentes dans les ministères. Les entreprises souhaitaient que ce texte aboutisse, afin de protéger leurs innovations en amont, qu'il s'agisse de plans stratégiques, d'ébauches de projets, de codes de couleurs sur des jacquards... toutes choses qui relèvent du secret de fabrique mais ne donnent pas lieu à brevet. Dans le droit actuel, seules les transgressions par les salariés sont sanctionnées. Le texte sur le secret des affaires visait à étendre ce droit. Un article précisait que les journalistes étaient exemptés de sanction. Le projet n'était pas du tout liberticide. Les lanceurs d'alerte n'étaient pas non plus soumis à la sanction. J'ai donc été très étonnée par la levée de boucliers à laquelle nous avons assisté, due sans doute à d'autres raisons que celles invoquées. La loi a dû déplaire à d'autres que les journalistes et lanceurs d'alerte...

Mme Caroline Leboucher. – L'accompagnement public des entreprises à l'international se caractérise par la pléthore d'acteurs nationaux, régionaux ou infrarégionaux qui y participent. Les entreprises ont du mal à se retrouver dans ce maquis, qui pourrait gagner à être rationalisé. C'est le sens de la démarche de M. Matthias Fekl, qui réunit au ministère les différents opérateurs pour coordonner leurs interventions.

Comment rendre le droit des entreprises plus « sexy » ? Je ne suis pas certaine que les entreprises étrangères se posent la question en ces termes ! Elles apprécient en tout cas la cohérence du droit français, lequel ne suscite pas de critiques fortes. Au-delà de la simplification normative, c'est la pénalisation de certains pans du droit des entreprises qui les préoccupe, en droit du travail par exemple ; le fait que les responsables de leurs filiales françaises puissent être concernés par une sanction pénale les stupéfie. Si nous sommes en mesure de répondre à leurs questions sur l'indépendance de la justice française, reste le sujet critique de la durée et de la complexité des procédures contentieuses. Le fait que la contestation d'un marché public ne soit pas réglée avant six à sept ans est difficile à expliquer...

Les parlementaires venant de se prononcer sur le rôle des régions, je ne me sens pas légitime à m'exprimer sur cette question. Je peux dire néanmoins que dans quatre régions – celles qui n'ont ni service ni agence spécialisée –, l'attractivité pourrait être un sujet de plus grande préoccupation.

Il serait intéressant, comme le dit Mme Revel, de former les ingénieurs et les scientifiques aux aspects juridiques de leur travail ; et réciproquement, de sensibiliser les magistrats à la vie des entreprises et aux questions de compétitivité. Le statut des conseils juridiques en entreprise est

moins protecteur que dans les pays voisins, ce qui conduit les entreprises à ne pas implanter leurs services juridiques en France. Je finirai par une citation de Thomas Jefferson : « *Pour tout homme, le premier pays est sa patrie, et le second, c'est la France.* »

M. Philippe Bas, président. – Je vous remercie.

**REPRÉSENTANTS DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX,
DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISES
ET DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE**

M. Philippe Bas, président. – Souhaitons la bienvenue aux représentants du Conseil national des barreaux, de l'Association française des juristes d'entreprises et de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle.

M. William Feugère, membre du bureau et ancien président de la commission Droit et entreprise du Conseil national des barreaux. – Le président du Conseil national des barreaux se réjouit que les représentants des 62 000 avocats qui travaillent au plus près des entreprises soient invités à s'exprimer sur ces questions essentielles.

M. Paul Lignières, avocat au barreau de Paris. – Sur la compétitivité du droit, il ne faut pas regarder dans le rétroviseur mais se concentrer sur l'avenir. Dans le débat récurrent en France sur l'opposition entre *common law* et droit continental ou français, il faut éviter les combats d'arrière-garde : on recourt plus fréquemment à la première, comme on le fait pour la langue anglaise par rapport aux autres langues. Le droit civil doit être amélioré, pour être aussi performant que la *common law*, car c'est le seul moyen de lui conserver des parts de marché. Un travail de simplification, sans coût budgétaire, serait profitable pour les trois codes les plus complexes : code général des impôts, code du travail et code général des collectivités territoriales.

Deux améliorations pourraient toucher le droit public : la codification – en cours – des procédures administratives non contentieuses, pour que l'absence de règles ou leur caractère épars n'obèrent plus la transparence de la décision administrative ; la clarification des nombreux recours contre les contrats publics, dont le Conseil d'État a commencé à redessiner les contours il y a dix ans, mais où l'intervention du législateur serait opportune.

Le vrai clivage dans le monde n'est pas entre les pays de *common law* et les pays de droit continental, mais plutôt entre les États qui respectent le droit et les autres. Sur ce sujet, la Commission européenne a fait preuve d'une certaine naïveté : dans le domaine de la réciprocité, sa seule boussole pour les investissements étrangers a longtemps été l'ouverture et la libre circulation. Le décret du 14 mai 2014, qui a fait du bruit sur ce sujet en étendant la liste des

entreprises susceptibles de relever d'une procédure d'autorisation par le Gouvernement des investissements étrangers, aligne avec raison la France sur de nombreux pays, États-Unis ou pays émergents : le système n'est pas plus protectionniste que les leurs, il a longtemps été parmi les plus souples à l'égard des investissements étrangers. Le droit de la concurrence ne prend pas assez en compte la politique industrielle, ce qui affecte le positionnement des entreprises européennes.

M. William Feugère, membre du bureau du Conseil national des barreaux, ancien président de la commission Droit et entreprise. – La loi de blocage de 1980 protège mal le secret des affaires. Le Conseil était favorable aux dispositions retirées du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : le renforcement du secret est indispensable alors que la transparence se développe, et les obligations de dévoilement plus encore. Je songe à la loi du 6 décembre 2013, qui a introduit une disposition relative aux lanceurs d'alerte, ou aux obligations d'information des salariés lors des rachats éventuels. La rédaction retenue dans le projet de loi pour la croissance avait l'avantage de comporter des dispositions de droit civil bienvenues, car la pénalisation n'est pas suffisante. Le juge pénal intervient trop tardivement, laissant dans l'intervalle l'entreprise sans protection.

La loi de blocage est importante face à l'utilisation de procédures de *discovery* ou de *disclosure* par des concurrents qui ne cherchent qu'à obtenir de l'information. Toute modification de cette loi délicate à manier est dangereuse ; il ne faut pas pour autant forcer les entreprises à l'utiliser, car elles préfèrent parfois la négociation.

La fragilité de ces dispositions légales réside dans le fait que la victime et l'auteur de l'infraction sont les mêmes : l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, dans un certain nombre d'affaires, le juge a écarté l'application de ces dispositions.

Mme Leila Hamzaoui, présidente de la commission Droit et entreprise du Conseil national des barreaux. – L'attractivité est plus une question de perception du droit français que de réalité des règles juridiques. Or, malgré de belles opérations, favorisées par l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII), la perception reste mauvaise : au-delà du *french bashing*, la complexité de nos procédures effraie. Les professionnels du droit ont tous la capacité de corriger en amont cette perception, mais un travail de simplification et de sécurisation juridique serait utile. Les délais qu'occasionnent les appels d'offre et les autorisations administratives ne posent pas forcément problème – ils permettent la réflexion – mais doivent être expliqués. La gestion du capital humain peut aussi inquiéter.

La France a des politiques très compétitives, comme le crédit impôt recherche, très apprécié, et beaucoup d'aides publiques, mais elles manquent de lisibilité. La politique en faveur de la localisation en France des *headquarters* – des quartiers généraux – a malheureusement disparu.

M. Philippe Bas, président. – Je vous remercie ; nous écoutons à présent les représentants de l'association des juristes d'entreprises.

Mme Stéphanie Fougou, présidente de l'Association française des juristes d'entreprises. – L'Association française des juristes d'entreprises, qui existe depuis 45 ans, représente un peu plus de 4 000 des 17 000 membres que compte la deuxième profession du droit en France. Les juristes d'entreprise ne bénéficient pas, à la différence des avocats et de leurs homologues étrangers, de dispositions assurant la confidentialité de leurs actes, conseils et avis. Sur ce point, la France est isolée en Europe : les autres pays ne font pas de *distinguo* entre eux et les avocats, pas plus que dans les pays anglo-saxons. Face à des procédures comme le *discovery*, ou d'autres, calquées sur le droit anglo-saxon, les entreprises ne sont pas protégées contre la saisie de documents, ce qui entraîne une délocalisation des centres stratégiques, un certain nombre d'entreprises faisant le choix de ne plus avoir de direction juridique en France...

M. Marc Mossé, vice-président de l'Association française des juristes d'entreprises. – L'absence de protection des services juridiques en France est un frein aux investissements des entreprises étrangères, qui préfèrent implanter leurs *headquarters* au Royaume-Uni, en Allemagne, en Belgique ou en Espagne. Cet isolement de la France dans le concert des nations entraîne une complexité supplémentaire ; or l'investisseur ne déteste rien tant que cela. Sa *check list* ne prend pas seulement en compte les questions financières, le droit fiscal et social.

Les investisseurs étrangers sont souvent frappés de l'importation en France de concepts anglo-saxons (comme les *class actions*) sans les protections qui les accompagnent, alors que ces procédures sont parfois engagées dans le seul but d'obtenir des informations. Cela ne promeut ni le droit français ni les jeunes juristes de notre pays, qui se voient préférer des Néerlandais, des Allemands ou des Espagnols.

M. Hervé Delannoy, président d'honneur de l'Association française des juristes d'entreprises. – Pour que le droit français ne perde pas de terrain, il faut mettre l'accent sur la formation. Les universités sont les principaux lieux où le droit s'enseigne : il leur faut des moyens. Elles devraient être aussi plus ouvertes aux étudiants étrangers, afin de diffuser plus largement le droit français – et la langue française par la même occasion. Hélas, il y a de la marge, lorsque l'on voit ce que font les universités nord-américaines...

M. René Vandierendonck. – C'est très vrai.

M. Hervé Delannoy. – Or, il y a une demande ; nous le voyons lorsque nous menons des négociations internationales. Tout n'est pas perdu.

M. Philippe Bas, président. – Écoutons maintenant les représentants de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle.

M. Alain Michelet, président de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle. – Notre profession, spécialisée dans le droit

de l'innovation, n'est pas très connue ; elle compte 900 personnes physiques issues pour moitié d'une formation scientifique et pour moitié d'une formation juridique. Elle a été organisée par la loi en 1990 mais existe depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Elle est très internationalisée depuis cette époque, les connaissances circulant beaucoup. Nos clients, les entreprises, recherchent la lisibilité et la prévisibilité du droit.

L'Office européen des brevets a été créé dans les années soixante-dix ; si les professionnels français étaient timorés au départ, cette harmonisation européenne a été un grand succès, qui a élevé leur compétitivité. Les entreprises peuvent faire appel à des professions libérales ou à des salariés, mais les règles déontologiques sont identiques, édictées par le *European patent institute*. Une juridiction européenne de contrôle, qui manquait, est en train d'être mise en place : la convention internationale a été signée il y a deux ans. La France a eu l'honneur de remporter l'implantation du siège de la juridiction ; il faut maintenant trouver un lieu et des moyens. Bref, « il n'y a plus qu'à »... La France nommera le premier titulaire de la fonction de président. On en est encore loin, car rien ne se passe. Nos homologues européens attendent...

Avec les États-Unis, les négociations peuvent être fructueuses sur certains points ; les Anglo-saxons ont cédé par exemple dans le grand débat sur l'alternative entre droit du premier inventeur, qu'ils pratiquaient, et droit du premier déposant, notre système, qu'ils ont finalement adopté. Nous avons en revanche beaucoup de difficultés à connaître l'objet même des négociations du traité transatlantique, alors que nous pourrions partager notre expérience et donner des avis. La France n'est pas en jeu, puisque c'est la Commission européenne qui est compétente. Les Américains exercent des pressions très fortes pour que le droit applicable soit celui de la nationalité de l'entreprise, voire de la maison mère, plutôt que celui du lieu d'implantation.

Nos expériences au Brésil et au Maghreb, où l'influence du droit continental et même spécifiquement du droit français sont fortes, montrent que nos entreprises françaises ont plus de facilités à s'implanter, grâce à une compréhension du droit local plus facile. Tout ce qui peut concourir à stabiliser l'étendue de notre système juridique - car nous ne pourrions plus gagner de terrain - est bon à prendre.

La formation à notre profession relève du Centre international de la propriété intellectuelle, qui dépend de l'Université de Strasbourg, où il a été installé dans les années soixante-dix. C'est un joyau. L'action conjointe des universitaires, des entreprises, des avocats et des conseils a provoqué une stimulation qui garantit une bonne formation. Le centre accueille des étudiants étrangers qui rapportent ensuite dans leur pays une culture juridique française. Il rencontre toutefois des difficultés financières importantes et le fait d'être logé à l'université de Strasbourg complique sa gestion.

Sur le secret des affaires, comment se ferait la synchronisation entre la directive européenne en cours de négociation et des dispositions qui seraient,

sans attendre le texte européen, adoptées dans la loi française ? Enfin, l'Institut national de la propriété intellectuelle (Inpi) veut proposer à nos clients des prestations : le personnel des administrations a-t-il les compétences nécessaires ? Sans compter que les prix seraient faussés par rapport aux nôtres.

M. Michel Delebarre, rapporteur. – Dans la discussion du projet de loi « Macron », l'habilitation à créer un statut des avocats en entreprises a été supprimée par l'Assemblée nationale. Si un tel statut devait exister, favoriserait-il les entreprises françaises à l'international ? Si oui, comment le concevoir ?

M. Christophe-André Frassa, rapporteur. – Comment concilier dans ces conditions le statut d'avocat d'entreprises avec le secret professionnel et le privilège de confidentialité réclamé par les juristes ? Le Sénat a voté la fusion des professions d'avocat et de conseil en propriété intellectuelle, ce que l'Assemblée nationale a rejeté, malgré l'assentiment presque unanime des deux professions. Avez-vous réfléchi aux contours d'une possible réforme ? Cette fusion profiterait-elle à la compétitivité française ?

M. Alain Richard. – La commission spéciale sur le projet de loi « Macron » aura l'opportunité de réintroduire ou non des dispositions sur le secret des affaires dans les semaines qui viennent. Le débat est strictement tactique : chacun sait qu'il est nécessaire de préciser le droit pénal et civil sur ce point et que les objections sont infondées. Les gesticulations médiatiques, par des intervenants dont aucun n'a l'excuse de l'ignorance, ont conduit l'Assemblée nationale et le Gouvernement à opter pour un retrait temporaire. Nous devons décider si nous réintroduisons les dispositions : n'oublions pas qu'ensuite, les créneaux pour le faire d'ici 2017 souffriront sans aucun doute d'une certaine attrition...

Vous vous plaignez que la négociation du traité transatlantique ne soit pas publique : cela ne fait guère que cinquante-sept ans que l'Union européenne est compétente en ce domaine ! Ce n'est pas le premier traité de ce type, et tous suivent la même méthode. Les groupes d'intérêt savent bien qu'il ne s'agit pas d'avoir accès aux données de négociation : dans la mesure où vous connaissez les sujets d'opposition entre vous et vos partenaires américains, c'est à vous d'apporter spontanément les informations aux Français qui suivent les négociations, et à la Commission qui les conduit.

Le droit des recours contre les contrats publics n'est pas ambigu. Si l'idée est de faire passer dans la loi des principes issus de la jurisprudence, nous sommes en train de le faire dans la commission de codification, concernant les droits de la défense et les droits des administrés dans leurs rapports avec l'administration. Ce sont seulement – impossible de faire autrement – des formulations de principes très généraux, qui ne réduisent pas l'incertitude sur chaque cas d'espèce.

L'élimination par l'Assemblée nationale de l'habilitation à prendre une ordonnance sur l'avocat d'entreprise n'est pas sans lien avec une opposition de divers représentants de la profession d'avocat. Quelle est la

position du Conseil national des barreaux ? Si elle est défavorable, quelles sont les propositions alternatives pour répondre aux préoccupations sur la compétitivité ?

M. René Vandierendonck. – La question est claire !

M. Jean-Pierre Sueur. – Faut-il appeler « avocat d'entreprise » des professionnels qui font un métier différent des avocats ? Nous sommes très exposés aux questions des journalistes sur l'articulation du secret des affaires et de la protection des sources. M. Macron m'a répondu qu'il faudrait d'abord voter la loi sur le secret des sources des journalistes. Monsieur Mossé, la sphère du droit augmente-t-elle ou régresse-t-elle dans le domaine d'Internet ? Que faudrait-il que nous fassions pour qu'elle augmentât ?

M. William Feugère. – Sur les avocats en entreprise, le Conseil national des barreaux a pris des positions successives. Un débat a d'abord eu lieu, mais sans qu'il soit possible de trancher ; sa position défavorable récente concernait deux projets issus de Bercy et de la Chancellerie qui lui avaient été transmis. Cela ne veut pas dire pour autant que les avocats ne sont pas prêts à travailler au plus près des entreprises, qu'ils ne sont pas sensibles à leurs besoins, pas conscients qu'il faut davantage protéger le conseil juridique dans l'entreprise. L'Association française des juristes en entreprise a fait des propositions concrètes sur la confidentialité. Le Conseil national des barreaux est favorable au secret, notion différente.

Nous souhaitons nous assurer que l'exercice du métier d'avocat en entreprise ne fragilise pas l'exercice libéral. Une des difficultés concerne la protection du secret professionnel de l'avocat, qui est un combat quotidien : tous les jours, des perquisitions ont lieu, même si elles sont contraires à la loi ; il faut se battre jusque devant le juge de la liberté et de la détention ! Nous sommes très sensibles sur ce sujet ; il n'y a pas de justice sans secret. Si le secret est moindre en entreprise que dans l'exercice libéral, nous craignons un nivellement par le bas du secret professionnel attaché à un titre et à une profession.

Quel sera le statut financier de l'avocat en entreprise : le salariat ? La fin de son contrat relèvera-t-il de la compétence des prud'hommes ou du bâtonnier, ou faudra-t-il une question préjudicielle ? Ces débats fondamentaux ne sont pas réglés. Au moment où le texte était proposé, les avocats n'étaient pas prêts, ce qui a expliqué l'opposition de principe. Les divergences entre ministères n'ont pas aidé à clarifier la situation...

La fusion avec les conseils en propriété intellectuelle a été votée par le Conseil national des barreaux il y a quelques années. Je partage l'avis d'Alain Richard sur les réactions qu'ont soulevées les dispositions relatives au secret des affaires. Certes, les avocats ont fort à faire pour défendre la liberté de la presse. Mais le texte n'aurait pas dû éveiller de telles angoisses chez les journalistes.

Mme Stéphanie Fougou. – Nous avons soutenu le projet de statut des avocats en entreprise depuis l’origine. L’opposition farouche de certains avocats a éliminé du projet de loi l’article d’habilitation. Cela fait un peu plus de vingt-cinq ans que le débat est sur la table ; il y a onze rapports – et combien de livres ! – sur cette question. Je prends bonne note des positions exprimées par le Conseil national des barreaux, mais je ne crois pas à une évolution rapide après les quelques mois que nous venons de vivre. L’avocat en entreprise servirait-il la compétitivité ? Ce qui la servirait immédiatement serait la confidentialité. Ce pourrait être une première étape dans une réflexion sur une grande profession unie. Un travail supplémentaire de pédagogie s’impose encore, semble-t-il, après vingt-cinq ans... Quoi qu’il en soit, la différence absolue avec les autres pays concerne la confidentialité. Le secret professionnel, relevant d’un article du code pénal, s’applique à tout un chacun dans son métier : nous en avons un. Nous comprenons le secret spécifique des avocats et ne le réclamons pas. Si nous devons devenir un jour des avocats, nous devrions l’adapter à l’entreprise. Le secret des affaires et la confidentialité protègent l’entreprise contre les intrusions. Le premier peut concerner de l’espionnage et des décisions stratégiques, la seconde, les documents purement juridiques.

M. Marc Mossé. – Il y a urgence : la confidentialité et la protection des avis des juristes sont indispensables et les entreprises françaises ne peuvent attendre vingt-cinq ans de plus. Il serait très souhaitable que ces mesures soient votées dans le texte actuel ; et que les organisations professionnelles des avocats et des juristes soient invitées à se réunir afin de réfléchir au futur statut de l’avocat en entreprise.

La question d’internet est d’une extrême complexité. Ce n’est pas une zone de non-droit. Il s’agit d’apporter une régulation efficace dans un univers profondément transnational, en préservant la régulation étatique ou régionale – ainsi la régulation européenne sur les données personnelles. Elle pourrait être renforcée par des traités internationaux. Afin de s’adapter à la vitesse de l’évolution du numérique, cette première dimension doit être complétée par la co-régulation : il importe que les acteurs puissent maintenir un dialogue permanent avec les régulateurs, y compris sectoriels, comme la Cnil. Les nouveaux usages ne sont pas toujours imaginés par ceux qui mettent les technologies sur le marché. L’auto-régulation, enfin, ne doit pas se substituer à la régulation, mais la rendre plus efficace, en aidant les entreprises qui veulent aller plus loin à poser leurs propres règles afin d’apporter des garanties supplémentaires. On parviendra ainsi à une nouvelle hiérarchie des normes.

J’attire enfin votre attention sur le conflit, actuellement soumis à la juridiction d’appel de New-York, qui oppose Microsoft à l’État américain. Celui-ci a demandé, par application extraterritoriale d’une loi américaine, la saisie de données en Europe. Plus de cinquante organisations – dont le gouvernement irlandais, le rapporteur de la commission du Parlement européen sur le projet de règlement sur les données personnelles, plusieurs ONG et entreprises – ont déposé des *amici curiae* devant la juridiction new-

yorkaise. Il s'agit de définir une espèce de patrimoine constitutionnel mondial à partir de valeurs communes à l'ensemble des États occidentaux : quelle souveraineté peut-on encore penser dans un monde transnational ? Quelles garanties pour les droits des individus ?

M. Alain Michelet. – La question de M. Frassa est pour nous un encouragement, tout comme les propos de M. Faugère. La position des avocats sur la fusion de nos professions n'était pas si unanime il y a quelques années... Le Conseil national des barreaux exprime une position officielle, très bien, mais dans la discussion du projet de loi, les interventions d'avocats ont été nombreuses.

La loi qui a été adoptée sur les sociétés de participation financière des professions libérales (SPFPL) autorise des modalités de financement communes à des cabinets d'avocats et à de conseils en propriété industrielle. Nous nous efforçons de faire avancer le dossier des associations interprofessionnelles à responsabilité professionnelle individuelle (Airpi), afin que des professions différentes soient en mesure d'exercer ensemble tout en conservant chacune leur responsabilité et leur déontologie propres.

Certains de nos confrères, confrontés à des actions américaines relatives à la confidentialité, ont été sauvés par le fait que la loi française comporte des dispositions explicites sur ce point. Les usages ne sont pas une protection suffisante. Nous souhaitons que la confidentialité des échanges entre professionnels – entre les avocats et nous, notamment – soit clairement couverte par des dispositions légales. Nous le croyions acquis, mais avons découvert que cela pouvait être remis en cause...

M. Philippe Bas, président. – Soyez tous vivement remerciés pour vos contributions.

COMPTE RENDU DES AUDITIONS DU 18 MARS 2015

**MME CAROLE CHAMPALAUNE, DIRECTRICE DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU,
MME PASCALE COMPAGNIE, SOUS-DIRECTRICE DU DROIT ÉCONOMIQUE,
MME FLORENCE LIFCHITZ, CHEF DU BUREAU DE LA RÉGLEMENTATION
DES PROFESSIONS,
ET M. GUILLAUME MEUNIER, CHEF DU BUREAU DU DROIT DES OBLIGATIONS,
REPRÉSENTANT LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE**

M. Philippe Bas, président. – Dans le cadre de la mission d’information de MM. Delebarre et Frassa, nous accueillons Mme Carole Champalaune, directrice des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice, accompagnée de plusieurs de ses collaborateurs.

Mme Carole Champalaune, directrice des affaires civiles et du Sceau. – Je vais m’efforcer de vous présenter le point de vue de la chancellerie sur les enjeux d’attractivité économique et de souveraineté auquel est confronté aujourd’hui le droit.

Permettez-moi tout d’abord de rappeler le principe cardinal de l’autonomie des contrats qui veut que les parties à un contrat déterminent elles-mêmes le droit qui régit ce contrat. Ce principe d’autonomie, réaffirmé par la convention de Rome, apparaît comme la meilleure garantie de prévisibilité et de sécurité juridique. À défaut de clause compromissoire, il existe toutefois des critères permettant de déterminer la loi applicable. L’enjeu pour le droit français est donc que les acteurs économiques français aient intérêt à choisir de soumettre leurs contrats internationaux à la loi française.

Or, ce n’est un secret pour personne que notre droit des obligations, qui est encore très largement celui du code civil de 1804, n’est plus adapté pour régler les relations d’affaires du XXI^{ème} siècle. Des travaux européens et internationaux appuient le constat. Le premier coup de semonce aura été la publication du rapport « *Doing business* » : il existe un « retard français », faute d’un droit des contrats modernisé.

Ainsi s’explique la réforme du droit des contrats proposée par la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui a habilité le Gouvernement, en dépit de l’opposition du Sénat, à modifier par ordonnance le droit des obligations. Un projet d’ordonnance est actuellement soumis à une consultation publique. L’objectif est de préserver un droit issu de la loi, codifié et éclairé le cas échéant par la jurisprudence, selon la tradition française et garantissant son accessibilité, sa prévisibilité et sa simplicité. Cependant, ce projet comprend quelques innovations inspirées des réflexions européennes et internationales sur le sujet. Comment, en effet, ne pas prendre en compte des

travaux du groupe Unidroit relatifs au contrat de commerce international, les principes du droit européen, le projet de « code civil » européen, le projet de cadre commun de référence, ou encore les travaux menés par différents groupes de travail ou opérateurs économiques eux-mêmes.

Le projet d'ordonnance réaffirme ainsi les principes généraux du droit des contrats, telle la liberté contractuelle ou la bonne foi, à tous les stades de la vie du contrat. Il consacre la théorie de l'imprévision et intègre la jurisprudence sur la violence économique. En revanche, il est proposé d'abandonner certains concepts difficile à cerner comme la cause, mais en conservant les conséquences utiles que la jurisprudence leur a fait produire.

À l'instar d'autres pays, y compris de droit continental, qui ont réformé leur droit économique, il est aujourd'hui indispensable que la France s'engage sur cette voie. Il ne s'agit toutefois pas d'une refondation mais seulement d'une adaptation aux enjeux économiques, afin de répondre aux attentes des entreprises et les inciter à recourir au droit français dans leurs contrats internationaux. Il s'agit enfin de consolider la jurisprudence pour assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

Outre le droit des obligations, d'autres domaines juridiques intéressent les entreprises, qui font également l'objet de réformes allant dans le sens d'une simplification. Certaines ont d'ores et déjà été engagées, comme celle sur le droit des entreprises en difficulté. Il est en effet nécessaire de prendre en compte l'intégralité du cycle de vie des entreprises. Depuis 2005, des réformes importantes dans ce domaine sont intervenues et ont de fait contribué à améliorer l'attractivité de la France à l'égard des investisseurs étrangers. C'est ce qu'indiquent ces fameux classements « *Doing business* », dont il nous faut tenir compte comme des instruments d'évaluation de notre droit et parce qu'ils constituent un outil utilisé par les opérateurs économiques, à condition toutefois de l'analyser d'un point de vue juridique. Ainsi, on peut se féliciter d'une évolution favorable depuis le premier rapport : du point de vue de l'exécution des contrats, la France occupe désormais la 10^e position, et pour le règlement de l'insolvabilité d'une entreprise, la dernière réforme a contribué à faire passer notre pays de la 42^{ème} à la 22^{ème} position.

La préservation de l'attractivité de notre droit économique est, comme vous pouvez le constater, une préoccupation constante des réformes de ces dernières années conduites sous l'égide du ministère de la justice.

M. Philippe Bas, président. – Je vous remercie pour ce panorama très complet.

M. Michel Delebarre, co-rapporteur. – Je souhaiterais avoir une précision sur l'avancement des travaux de la chancellerie dans ce domaine : où en sommes-nous du réexamen de notre droit des entreprises ? Est-il aujourd'hui achevé ou toujours en cours ?

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – J'ai quelques questions sur la réforme du droit des obligations : auprès de qui avez-vous fait

votre « *bench-marking* », si j'ose utiliser ce terme anglo-saxon, pour votre projet d'ordonnance ? Avez-vous associé les entreprises ? Envisagez-vous d'introduire des éléments du droit anglo-saxon ?

Par ailleurs, est-il aujourd'hui aisé de créer de filiales en France pour les groupes internationaux ?

M. Pierre-Yves Collombat. – Madame Champalaune, vous évoquez un « *retard* » du droit français des entreprises, mais par rapport à qui et par rapport à quoi ? L'objectif serait-il de devenir le cinquante et unième État des États-Unis ?

J'ai le sentiment qu'on promeut la liberté contractuelle pour que le droit des affaires échappe à la puissance publique. On crée à cet effet des autorités indépendantes et on favorise les règlements à l'amiable. Pourtant, les parties aux contrats ne sont pas toujours égales et il existe des positions dominantes nécessitant l'intervention de l'État, comme en matière de droit du travail ou de lutte contre les quasi-monopoles.

Enfin, je m'interroge sur la finalité profonde de ces projets d'amélioration de l'attractivité du droit français des entreprises : quelles entreprises souhaitons-nous attirer ? Les entreprises qui ne paient pas d'impôts ?

M. Philippe Bas, président. – Madame, je m'interroge sur la *discovery*, une procédure propre à la justice américaine. Elle semble très intrusive pour les entreprises françaises. Dans ce contexte, faut-il donner à nos sociétés des moyens supplémentaires pour faire face à cette procédure ou faut-il s'inspirer de ses principes et les adapter en droit français ?

M. Jean-Jacques Hyest. – J'aurais souhaité que le Gouvernement passe par la voie législative pour réformer les contrats et les obligations et non par une ordonnance...

Je souhaiterais interroger Mme Champalaune sur le projet de suppression de la notion de cause dans le droit des contrats. Pourquoi la supprimer ? N'existe-t-elle pas dans le droit anglo-saxon ? J'en profite pour souligner qu'il est de plus en plus compliqué de distinguer le droit continental du droit anglo-saxon.

Enfin, le droit des entreprises en difficulté a été simplifié par ordonnance en mars 2014. À la suite de cette réforme, la France a gagné de nombreuses places dans le classement international correspondant. Pourtant, seule la procédure applicable a été modifiée, le fond du droit des entreprises en difficulté ayant été conservé. Ceci pourrait nous conduire à nuancer la pertinence de ce type de classements.

Mme Carole Champalaune. – Le processus de renforcement de l'attractivité du droit des entreprises est en cours et il est prévu de poursuivre les efforts en ce sens. Il s'agit d'un processus perpétuel d'adaptation face à l'évolution de l'environnement économique des sociétés françaises.

Le droit boursier a, par exemple, été simplifié, mais des groupes de travail poursuivent leurs réflexions afin de renforcer l'attractivité de la place boursière de Paris.

Les acteurs économiques sont associés à l'ensemble de ces réformes, comme lors des réflexions du groupe de travail du professeur François Terré sur la réforme du droit des contrats et des obligations.

Je rejoins le sénateur Hyest sur le processus de rapprochement que nous constatons actuellement entre le droit continental, d'une part, et le droit anglo-saxon, d'autre part. La France s'est d'ailleurs inspirée du droit anglo-saxon lorsqu'elle a introduit dans son ordre juridique la notion de fiducie.

Pour répondre au sénateur Collombat, le droit français des sociétés est en « *retard* » par rapport au droit américain, mais aussi par rapport à des systèmes de droit continentaux qui, comme l'Allemagne, se sont déjà réformés afin d'accroître leur attractivité.

Pour revenir sur la réforme du droit des contrats et des obligations, le projet d'ordonnance soumis à consultation propose de conserver les normes d'ordre public qui existent aujourd'hui. Je me réfère à la liberté contractuelle mais également à l'égalité entre les parties. Le projet d'ordonnance reprend d'ailleurs les principes d'une jurisprudence portant sur la violence économique : il prévoit qu'un contrat peut être annulé s'il est constaté qu'une des parties se trouvait dans une situation de faiblesse économique au moment de sa signature et si cela a influencé son engagement contractuel.

Je souhaite rappeler que les entreprises étrangères agissant sur le territoire de l'Union européenne – y compris les sociétés américaines – sont assujetties au droit communautaire de la concurrence.

Pour répondre à l'interrogation du président Bas sur la procédure de *discovery*, il a en effet été constaté une différence de régimes juridiques, notamment sur la protection du secret des affaires. Il conviendrait de créer un régime juridique propre à cette protection. L'application des principes généraux de la responsabilité civile ne semble en effet pas suffisante. C'est d'ailleurs pour cela qu'une directive européenne instaurant un cadre juridique applicable au secret des affaires est en cours d'élaboration. Son objectif est de protéger les acteurs économiques contre la divulgation de secrets présentant une valeur marchande. Cette directive a été approuvée par le Conseil en mai 2014 et sera prochainement présentée au Parlement européen.

Pour l'ensemble des questions que j'ai évoquées, il est important de trouver un équilibre entre l'attractivité de notre droit des entreprises, d'une part, et les droits fondamentaux processuels, d'autre part. Il ne faut pas non plus négliger le principe de réciprocité, nos entreprises agissant également comme opérateurs en dehors de l'Union européenne et notamment aux États-Unis.

Concernant le projet de suppression de la cause dans le droit des contrats et des obligations, ce concept apparaît comme excessivement difficile à appréhender. Il est également peu compréhensible par rapport aux systèmes juridiques étrangers. Le projet d'ordonnance soumis à consultation propose de supprimer le terme même tout en conservant la finalité de cette notion, afin d'équilibrer les relations entre les parties.

Je souhaiterais enfin souligner que les différents classements internationaux ne conduisent pas forcément à réduire les protections accordées à nos entreprises.

En outre, certains critères du rapport « *Doing business* » sont très utiles pour identifier les procédures administratives trop lourdes pour les acteurs économiques. J'en profite pour souligner que la France n'a rien à envier aux autres systèmes juridiques concernant la procédure d'immatriculation des entreprises : elle prend un jour en France contre cinq à dix jours en Suède, par exemple.

Toutefois, il est également nécessaire d'analyser les éléments qui ne sont pas compris dans le périmètre des classements internationaux, notamment le fond de notre droit.

M. François Pillet. – Je voudrais aborder la confidentialité des travaux juridiques internes aux entreprises, point souligné par des personnes entendues lors des auditions relatives au projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. En effet, ce type de services est souvent délocalisé car la législation française ne semble pas suffisamment protectrice envers les membres des services juridiques des entreprises.

Enfin, je souhaiterais savoir si des travaux d'harmonisation de notre droit fiscal et social par rapport aux autres États de l'Union européenne sont en cours.

M. Pierre-Yves Collombat. – Menez-vous une réflexion, au sein de votre direction, sur la lutte contre la corruption ?

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – Je souhaitais aussi savoir si les entreprises étrangères formulent des critiques, dont vous auriez connaissance, sur des obstacles qui pourraient exister dans notre droit des sociétés pour l'installation de filiales sur notre territoire ?

Sur un tout autre sujet, j'aimerais avoir votre sentiment sur l'une des procédures prévue par le traité TAFTA (*Trans-Atlantic Free Trade Agreement*), qui autorise une entreprise à attaquer un État en ayant recours à l'arbitrage et non à une juridiction, ce qui est de nature à déposséder les juridictions nationales de ce type de litiges.

Mme Carole Champalaune. – Sur le privilège de confidentialité, qui est présenté comme occasionnant des difficultés de compétitivité, à ce stade notre interprétation est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en vertu de laquelle un juriste d'entreprise est un salarié

lié à son employeur par un contrat de travail emportant lien de subordination. Dans ces conditions, un salarié, fut-il juriste d'entreprise, ne peut invoquer un secret.

S'agissant des questions liées à l'harmonisation du droit social et fiscal, permettez-moi de ne pas répondre à cette question qui ne relève pas du champ de ma direction.

Sur la lutte contre la corruption, il s'agit d'une problématique suivie par la chancellerie au regard de ses aspects pénaux, plus particulièrement par la direction des affaires criminelles et des grâces, notamment pour ce qui concerne le suivi des travaux sur la lutte contre le blanchiment.

Concernant la souplesse du droit des sociétés pour favoriser l'installation sur notre territoire de filiales d'entreprises étrangères, je rappelle que la société par actions simplifiées (SAS) constitue une forme juridique qui permet une adaptation très simple à un grand nombre de cas de figure et facilite les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent effectuer leurs choix d'investissement. Le succès de cette forme juridique est d'ailleurs tel qu'il pose la question de la « vampirisation », si vous me permettez l'expression, de la société anonyme (SA), ce qui a d'ailleurs conduit le législateur à habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance une mesure de simplification concernant les SA non cotées, afin de permettre la réduction de 7 à 2 du nombre minimal d'actionnaires. Dans le cadre des consultations que nous effectuons actuellement sur ce projet d'ordonnance, nous réfléchissons à l'opportunité d'aller plus loin, l'habilitation ne nous y autorise pas pour le moment, pour permettre la création de SA avec un actionnaire unique. Il n'y a donc pas, à mon sens, d'obstacles dans notre droit des sociétés à l'installation d'entreprises étrangères sur notre territoire.

Le suivi du traité TAFTA ne relève pas de ma direction, mais je peux rappeler la position des autorités françaises sur cette question. Il convient d'abord de mettre à part la question de l'arbitrage entre entreprises, qui sont libres d'avoir recours à cette technique pour régler leurs différends. Je note à ce sujet que la place de Paris jouit, sur le plan international, d'une très bonne réputation et d'une grande attractivité dans le domaine de l'arbitrage, avec des règles adoptées en 2011, et que cette formule est souvent choisie par les entreprises pour régler des différends. Cette problématique rentre dans le champ de compétences de ma direction puisque nous assurons le suivi des règles de procédure d'arbitrage et avons élaboré le décret de 2011 les ayant modifiées. La question du recours à l'arbitrage entre un État et une entreprise relève d'une autre logique et à cet égard la position du Gouvernement français, relayée dans le mandat de négociation confié à la Commission européenne, est clairement définie quant aux limites qu'il convient de fixer pour ne pas porter atteinte aux principes de l'État régulateur, dont les normes ne sauraient être écartées.

REPRÉSENTANTS

**DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS ÎLE-DE-FRANCE,
DU MOUVEMENT DES REPRÉSENTANTS ENTREPRISES DE FRANCE (MEDEF),
DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES PRIVÉES (AFEP),
DE LA CHAMBRE DE COMMERCE AMÉRICAINE EN FRANCE
ET DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES**

M. Philippe Bas, président. – Mes chers collègues, nous poursuivons nos travaux avec les auditions des représentants de la chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France, du MEDEF, de l'AFEP, de la chambre de commerce américaine en France et de la compagnie nationale des commissaires aux comptes. Je donne d'abord la parole à chaque organisation pour dix minutes puis nous vous poserons des questions complémentaires.

M. Didier Kling, trésorier de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France. – Je vous remercie, monsieur le Président, d'avoir pris l'initiative de procéder à ces auditions sur un sujet d'importance. La question de l'attractivité du droit des sociétés s'inscrit dans le cadre d'un rapport de forces entre les acteurs de la compétition économique, comme le rappelait Robert Badinter il y a quelques années à l'occasion d'un colloque sur la francophonie du droit et son attractivité, l'acteur dominant imposant souvent sa culture juridique et ses normes. L'attractivité du droit des sociétés est un facteur important de compétitivité, mais d'autres aspects, comme le droit social ou fiscal, sont également déterminants en la matière.

À titre de constat, je voudrais dire que le droit des sociétés a beaucoup évolué au cours des dernières années et a su faire preuve d'une très grande souplesse, comme le démontre l'instauration dans le droit français de la société par actions simplifiée (SAS), qui constitue une amélioration notable, si l'on se réfère au nombre de sociétés qui se créent sous ce statut. Toutefois, la définition du droit des sociétés ne relève plus exclusivement de la compétence des États, compte tenu de l'importance du droit communautaire en la matière, ce qui limite les marges de manœuvre des autorités nationales et nécessite que ces questions d'attractivité du droit des sociétés soient débattues au sein des institutions européennes.

S'agissant de nos propositions, je voudrais tout d'abord redire nos attentes en matière de sécurité juridique et de lisibilité du droit. Je ne manque pas d'exemples de textes juridiques qui posent à la fois la question de leur interprétation et celle de leur pérennité, comme la dernière loi sur le logement qui a été modifiée peu de temps après son entrée en vigueur. De même, l'une des dispositions de la récente loi sur l'économie sociale et solidaire, intéressant l'information des salariés lorsque le chef d'entreprise a un projet de cession, va prochainement faire l'objet d'une modification. Une telle évolution me paraît nécessaire, mais elle aura pour conséquence une nouvelle instabilité juridique. Or, pour être attractif, un droit se doit d'être pérenne et, à cet égard, une telle

instabilité a clairement joué en défaveur de cette disposition, les opérateurs économiques différant leurs projets de cession dans l'attente d'un cadre clair.

Je souhaiterais également plaider en faveur de la *soft law*, afin que nos textes de loi fixent des principes pour laisser ensuite une grande liberté d'appréciation aux acteurs eux-mêmes. Je prendrai pour exemple la rémunération directe et indirecte des mandataires sociaux, même si je me félicite que ce point, régulièrement débattu au cours des dix dernières années, n'ait pas fait l'objet d'une modification au cours de l'année écoulée. Il est impossible en ce domaine pourtant sensible de savoir quelles sont désormais les dispositions applicables, tant les règles résultent d'un empilement rendant incompréhensible le droit en vigueur.

Il nous paraît également indispensable d'éviter les « lois exotiques », comme la disposition que j'évoquais sur l'information des salariés en cas de cession ou un dispositif relatif aux procédures collectives qui oblige les actionnaires à céder leurs titres. Ces dispositions peuvent jouer un rôle de repoussoir et dissuader les acteurs économiques d'investir.

Enfin, il est indispensable d'évoluer sur certains sujets qui nous isolent. À ce titre, des avancées sont attendues s'agissant de la question des directeurs juridiques des sociétés et la protection de la confidentialité des informations qu'ils détiennent, sujet qui a été abordé par le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Sur la protection des données, au-delà des inquiétudes qui se sont exprimées sur ce sujet lors du débat à l'Assemblée nationale sur ce projet de loi, je souhaite rappeler qu'il s'agit là, selon nous, d'un sujet essentiel.

Enfin, sur la souveraineté du droit français, des progrès doivent être enregistrés. J'ai en effet eu l'occasion de découvrir, dans l'exercice de ma profession de commissaire aux comptes, que le droit américain était bien plus intrusif que le nôtre. Il s'agissait d'un dossier lié à l'introduction d'OPCVM sur le marché américain. J'avais refusé, au motif de la protection du secret professionnel et après avoir demandé son analyse à la chancellerie, d'accéder à la demande des autorités américaines qui souhaitaient avoir accès à mes documents pour vérifier le respect de certaines règles. Sauf erreur de ma part, il n'existe pas dans notre droit de dispositif similaire, ce qui me semblerait pourtant utile pour garantir la protection de l'épargnant français. Cette opposition entre notre droit plus protecteur des libertés et le droit américain plus intrusif est de nature à susciter des problèmes de compatibilité et de réciprocité.

M. Jean Yves Durance, président de la chambre de commerce et d'industrie des Hauts-de-Seine. – Nous constatons que l'attractivité passe d'abord par le maintien de nos entreprises sur le territoire. La France est bien représentée dans les premiers groupes mondiaux et c'est un atout d'avoir les sièges sociaux de ces entreprises sur notre territoire. Toutefois, on constate de nombreuses délocalisations de ces centres de décision. Or il est indispensable de garder nos entreprises chez nous. Nous avons publié fin décembre un rapport

qui analyse les principaux facteurs de départ. En dehors de trois facteurs qui sont mondiaux et sur lesquels nous ne pouvons rien, nous avons identifié quatre facteurs.

Le premier est l'instabilité réglementaire qui interdit aux entreprises toute prévisibilité de leur environnement juridique. Le deuxième point est une trop lourde fiscalité qui pèse sur les entreprises, mais aussi sur les personnes physiques. Nous constatons ensuite une « diabolisation » des patrons, notamment dans les débats parlementaires. Enfin, la place financière de Paris est en perte de vitesse à cause d'un droit financier insuffisant ou de trop lourdes charges financières.

La fragilité de notre situation est devenue manifeste avec le départ de la direction financière de Total pour Londres, ou récemment avec le possible transfert du siège social du groupe Lafarge hors de nos frontières. Enfin, je déplore que de nombreux députés aient déposé un texte mettant en cause la responsabilité financière voire pénale des grands groupes à l'égard des activités de leurs filiales situées à l'étranger.

Mme Anne Outin-Adam, directeur des politiques législatives et juridiques de la chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France. – Je souhaite évoquer le centre de médiation et d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France (CMAP), précurseur sur les nouveaux modes de règlement des litiges pour nos entreprises. Je pense qu'une réflexion est la bienvenue sur la place de l'arbitrage et de la médiation en France.

Le CMAP a été créé pour répondre au besoin des entreprises d'un règlement consensuel des litiges, à moindre coût et dans la confidentialité, et qui préserve la pérennité des relations commerciales. N'y voyez pas l'expression d'une défiance contre la justice étatique, mais plutôt la réponse à une demande de plus grande célérité dans le règlement des litiges. La médiation, quand elle est possible, est un outil exceptionnel dans ce cas. Je rappelle qu'elle concerne peu, voire pas du tout, les petits litiges. Le succès de la médiation passe par la qualité des médiateurs, la qualité de l'encadrement et la qualité des centres de médiation. Il faut mener une réflexion sur ce sujet car cela sera un signe important et positif pour les entreprises.

Mme Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques du MEDEF. – La question-clé de l'attractivité du territoire et de la compétitivité de nos entreprises réside dans la simplification de leur environnement juridique et réglementaire. Des efforts impressionnants ont eu lieu au Royaume-Uni, en Allemagne et aux Pays-Bas. Cette simplification est une priorité pour le MEDEF, puisque nous contribuons régulièrement aux travaux du conseil de la simplification. C'est également un élément du « pacte de responsabilité ». Pour la première fois, il existe une véritable méthode de simplification, mise en place au plus haut niveau de l'État. Des principes fondamentaux ont été instaurés comme le « *Dites-le nous une fois* », le « *silence vaut acceptation* » ou le « *One In, One Out* » (une norme supprimée pour une norme créée) en matière

réglementaire, même si nous avons quelques doutes sur l'efficacité de cette dernière mesure. Nous saluons le travail du Conseil d'État sur le développement et la création de modes de sécurisation du droit, tels que le rescrit. Je rappelle la lettre de mission du Premier ministre au vice-président du Conseil d'État, qui demandait des pistes pour « *sécuriser les initiatives et les projets d'aménagement et d'investissement, [ainsi que] pour attirer les investisseurs* ». Il y a donc une série de mesures, dont certaines existent déjà comme les certificats de projets ou les autorisations uniques, qui vont dans le bon sens.

Mais l'exercice semble s'essouffler, d'autant qu'il est occulté par le flux incessant et croissant de textes qui imposent de nouvelles contraintes aux entreprises. J'étais récemment en Franche-Comté pour parler de la simplification avec des PME. Or ce discours est inaudible pour les PME en raison des difficultés nées du compte pénibilité ou de l'obligation d'informer les salariés avant toute cession.

Trois lois en 2014 ont imposé en effet de nouvelles contraintes aux entreprises : la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite « loi Florange », et la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

À cela s'ajoutent des projets extrêmement inquiétants pour les entreprises. Le projet de loi relatif à la santé, dont l'examen commence cette semaine au Parlement, ignore complètement le secteur privé. La proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre ignore les actions volontaires des entreprises pour prévenir les événements tels l'effondrement du Rana Plaza et retient une approche franco-française répressive vis-à-vis des entreprises. On nous annonce un projet de loi sur le préjudice écologique, qui plus est annoncé lors d'une conférence sur les « mafias écologiques ». Ce projet va créer un nouveau régime de responsabilité, un régime automatique, dépourvu de clauses exonératoires, *de facto* imprescriptible puisque le délai de prescription serait de 100 ans, et d'application rétroactive. Enfin, on nous annonce un projet de loi sur la transparence de la vie économique.

Ces textes se caractérisent par leur ignorance du contexte international comme du droit positif, par l'absence de prise en compte de leur impact économique, par une grande défiance envers les entreprises et, dans certains cas, par un mépris des consultations engagées. Par exemple, avant même que le groupe de travail sur les discriminations collectives ait rendu ses conclusions, le Gouvernement avait déjà annoncé une action de groupe en matière de discrimination positive.

Notre droit est aussi instable : il y a eu quatre réformes du droit des offres publiques d'acquisition en cinq ans.

De plus, le législateur ignore ce qu'il a voté. Dans la loi consommation du 17 mars 2014 relative à la consommation, une disposition prévoit qu'un bilan de l'action de groupe aura lieu dans les trente mois après

son entrée en vigueur, pour décider de son extension éventuelle. Or l'action de groupe n'était même pas encore entrée en vigueur que le projet de loi sur la santé, déposé en juillet, proposait une action de groupe dans le domaine de la santé. Et on nous annonce une action de groupe en matière de discrimination, une autre en matière d'environnement et, depuis hier, une action de groupe en cas d'addiction au tabac. Le projet de loi de la chancellerie nous promet un socle commun : cette judiciarisation est un énorme sujet d'inquiétudes. Je rappelle que cette procédure s'est développée aux États-Unis pour faire contrepoids à l'absence de règles. Or, cette pratique est critiquable par les excès qu'elle entraîne, eux-mêmes dus aux spécificités procédurales américaines. Cette évolution à l'américaine nous préoccupe, à l'instar du récent décret qui autorise la publicité et le démarchage des avocats. Nous préférons les modes alternatifs de règlement des litiges.

Il nous apparaît urgent, en premier lieu, de mettre en place l'autorité proposée par le conseil de la simplification en avril 2014, confirmée par le Premier ministre et le Président de la République le 30 octobre dernier, qui devra donner un avis sur les conséquences économiques des projets de lois et de décret.

En second lieu, il est urgent de faire confiance aux acteurs et de faire plus de place au droit souple.

Il est aussi urgent de réformer le processus législatif : ne serait-il pas utile qu'au sein de chaque commission parlementaire, il y ait un ou deux élus chargés de veiller au respect de l'objectif prioritaire de simplification ?

Enfin, il nous paraît urgent d'adopter les textes que les entreprises attendent, notamment sur le secret des affaires. Cette disposition, conçue par un groupe de travail conduit par M. Urvoas, a été supprimée en quelques jours, pour de mauvaises raisons puisqu'il est évident que ce texte ne remettait pas en cause la liberté d'expression, ni celle d'information ni les droits des « lanceurs d'alerte ». Enfin, je rappelle que nous débattons depuis plus de trente ans de la question de la confidentialité des travaux des juristes d'entreprise : il me semble que trente ans est un délai plus que suffisant pour se décider...

Mme Odile de Brosses, directrice du service juridique de l'AFEP. – J'aimerais insister sur la « loi Florange », qui a posé un problème de méthode et qui a porté atteinte à l'image de la place financière de Paris. Cette loi a instauré un droit de vote double automatique pour les actionnaires justifiant détenir leurs actions nominatives depuis au moins deux ans. La disposition a provoqué la colère des actionnaires institutionnels et des agences de conseils en vote (*proxy advisors*), qui défendent depuis toujours le principe « *une action, une voix* ». Ceux-ci menacent de reporter leurs recommandations de vote négatif sur la réélection des administrateurs ou l'approbation des conseils. Nous avons donc des méthodes brutales, qui s'apparentent à du chantage. Aujourd'hui, la plupart des sociétés désactivent les droits de vote double et retournent au

principe « *une action, une voix* ». GDF Suez le prévoit, mais l'État va voter à l'encontre de la résolution.

L'abandon du principe de neutralité en matière d'offre publique d'acquisition est un autre sujet. Désormais, la loi permet au conseil d'administration de prendre toute décision dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre. L'abandon du principe de neutralité n'est pas accepté par les investisseurs qui dénoncent un « *entrenchment of the board* », soit un conseil d'administration qui se transforme en forteresse. Les investisseurs exigent qu'*a minima*, le principe de neutralité soit introduit dans les résolutions financières. On s'interroge sur l'intérêt de légiférer puisque, dans les faits, les clauses insérées dans les résolutions financières retournent au principe de neutralité.

Le numérique concerne tous les secteurs, tous les acteurs. Il serait intéressant de s'interroger sur la modification de certaines règles. Une proposition de loi très intéressante du sénateur Thani Mohamed Soilihi proposait notamment d'instaurer des assemblées générales virtuelles pour les sociétés non cotées. Cette proposition pourrait aussi concerner des sociétés cotées : Hewlett-Packard tient des assemblées générales virtuelles par exemple.

La *soft law* présente un grand intérêt pour nos entreprises. Il est dommage que le législateur fasse parfois le choix de la figer dans la loi, comme on le constate avec la « loi Macron », qui reprend le code AFEP-MEDEF. Il y a aussi des propositions contre le cumul des mandats, alors que le rapport de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ne s'est jamais prononcé sur la question. Souvent, la *soft law* prévoit pourtant des règles plus ambitieuses que la loi, intègre des préoccupations éthiques et est mieux adaptée aux réalités de l'entreprise.

Enfin, je souhaite aborder le sujet de l'impact extraterritorial des lois étrangères, notamment américaines. Après la loi Sarbanes-Oxley de 2002, les entreprises françaises ont pris conscience de l'impact des règles extraterritoriales des lois américaines et des risques auxquels elles s'exposaient notamment pour les *securities class actions*. Un certain nombre de groupes cotés à la bourse de New-York ont mené un processus de *delisting* (désinscription) et de *deregistration*. Le fait de se désenregistrer a permis aux entreprises de limiter leurs risques d'exposition aux *class actions*, en sus de l'arrêt Morrison rendu par la Cour suprême des États-Unis le 24 juin 2010, qui a entendu mettre un frein à l'application extraterritoriale des lois américaines.

Dans le cadre des contentieux en matière administrative et pénale, on observe que l'impact extraterritorial des lois américaines est extrêmement fort. Il n'est pas nécessaire que la violation ait eu lieu aux États-Unis ni qu'elle ait eu un impact sur le marché américain. On a constaté dans une affaire récente que la simple utilisation du dollar justifiait l'intervention des autorités américaines. 95 % des litiges portés aux États-Unis se résolvent par un accord négocié (*settlement*), c'est-à-dire un processus qui impose aux entreprises de coopérer

avec les autorités américaines, sous la menace de mesures de rétorsion telle que la perte de leur licence. Cette procédure est redoutable, efficace du point de vue américain, mais elle s'apparente à du chantage. On déplore l'absence du juge dans ces procédures, ainsi qu'une interprétation très large de la loi. L'État de New York considère, par exemple, que les faits commis sur son territoire ne sont pas soumis à prescription. Le piège pour les entreprises françaises réside dans les interprétations fluctuantes de ces lois par les régulateurs et le ministère de la justice (*Department of Justice*).

Que faire ? Au niveau national, la loi dite de « blocage » de 1968 est un instrument de protection critiqué mais très utile, qui permet de s'opposer aux demandes de production de documents. La disposition sur le secret des affaires dans la « loi Macron » allait dans le bon sens : elle prévoyait de centraliser les informations concernant ces demandes auprès du Premier ministre et donnait un signal qui était fort attendu. Par ailleurs, nous proposons de s'inspirer de l'ordonnance de procédure civile allemande, qui dispose qu'en matière d'action en responsabilité fondée sur des informations financières erronées, trompeuses ou omises, le tribunal exclusivement compétent est celui du siège social de l'émetteur, à moins que celui-ci ne se situe à l'étranger.

Au niveau européen, il convient de privilégier une approche commune des États membres : il existe un règlement européen de novembre 1996 pour assurer une protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, visant une loi américaine. On pourrait développer ce type de règlement européen, à des fins de riposte. Par ailleurs, on constate que les directives européennes sont de plus en plus d'application extraterritoriale, à l'instar d'une disposition sur l'identification des actionnaires de la directive sur les droits des actionnaires, qui s'applique également aux intermédiaires situés en dehors de l'Union européenne.

En conclusion, le processus d'amélioration des normes doit être renforcé. On peut regretter que les textes ne fassent que trop rarement appel à des procédures de consultation et surtout à des études d'impact de qualité.

M. Tanguy Marziou, directeur des affaires publiques, chambre de commerce américaine en France. – Les membres de la chambre de commerce américaine en France – l'Amcham – sont les ambassadeurs de la France auprès de leurs maisons mères. Nous partageons la conviction, déjà exprimée, selon laquelle le droit des entreprises est un élément central des stratégies d'attractivité des territoires.

La récente étude sur l'investissement étranger publiée récemment par *Business France* indique qu'en 2014, les États-Unis demeurent les premiers investisseurs étrangers en France : plus de 4 600 entreprises américaines emploient 440 000 salariés, et l'investissement américain en France continue de progresser.

La chambre de commerce américaine en France a été créée il y a 120 ans et rassemble plus de 400 membres, principalement des entreprises américaines, mais également françaises, des grands groupes internationaux et des PME. Depuis quinze ans, en partenariat avec le cabinet *Bain & Company*, nous réalisons régulièrement un baromètre sur le moral des investisseurs américains en France.

Notre présentation s'articulera autour de trois questions. Qu'est-ce que regarde en priorité l'investisseur américain dans les différents pans du droit français de l'entreprise ? Quels sont les aspects pratiques de notre droit qui surprennent le plus les entrepreneurs américains ? Enfin, quelles sont les pistes de réflexion pour améliorer significativement et rapidement l'attractivité du droit français de l'entreprise ?

Tout d'abord, à partir des éléments recueillis auprès des entreprises américaines, on peut distinguer trois catégories au sein de notre droit des entreprises. La première regroupe les pans qui nous différencient favorablement des autres États européens : il s'agit de l'exécution des contrats, de la protection des investisseurs et de la propriété intellectuelle. Sur ce dernier point, le fait que Paris accueillera bientôt le siège du tribunal de première instance de la juridiction unifiée des brevets, dont le premier président devrait être français, est perçu comme un signal très positif. La deuxième catégorie regroupe les axes d'amélioration et concerne principalement le droit des marchés publics. Enfin, la troisième et dernière catégorie concerne les freins de notre droit, en particulier la fiscalité des entreprises et le droit du travail. Bien que ces questions ne relèvent pas du champ de votre mission, il est important de les mentionner, car nos adhérents nous interpellent régulièrement sur ces sujets et c'est sur eux qu'il faut agir prioritairement pour améliorer notre attractivité.

Enfin, les procédures juridictionnelles sont jugées peu coûteuses, mais longues et complexes. Les audiences ne permettent pas aux magistrats d'avoir une connaissance précise des éléments du litige et la compétence des experts judiciaires est variable et pas toujours à la hauteur de l'importance des enjeux.

M. Philippe Koch, vice-président du comité « Policy » et directeur des relations institutionnelles France d'IBM. – Nous souscrivons à l'essentiel de ce qui a été dit précédemment. Les différences culturelles existent, aussi bien dans les comportements que dans les textes, comme en témoigne l'exemple de la pénalisation du délit d'entrave.

Nous partageons également les propos sur la confidentialité des juristes d'entreprises.

S'agissant de la médiation, l'arbitrage, qui est une alternative au procès, est une pratique courante aux États-Unis. On l'utilise très rarement en France. La médiatisation de certaines affaires n'est pas favorable à la promotion de ce dispositif. Les débats autour de la question de l'arbitrage et de l'ISDS

(*Investor-state dispute settlement*) surprennent nos collègues américains : ils estiment naturel qu'entre les investisseurs et l'État existe un dispositif de règlement arbitral des litiges. Ils ne comprennent pas le rejet de cette procédure dans notre pays. Ainsi, la question de l'arbitrage est à explorer.

Pour améliorer le droit économique français, la prévisibilité et la stabilité – qui impliquent la non-rétroactivité notamment en matière fiscale – sont des éléments importants. Je souscris aux compliments déjà exprimés sur les initiatives de M. Thierry Mandon : en simplifiant, on rend le droit plus cohérent, le « *compost législatif* » est donc épuré, ce qui va rassurer les investisseurs étrangers.

En outre, notre droit se caractérise par de nombreuses réglementations, déjà couvertes par la législation européenne. Le législateur, zélé et vertueux, complexifie la lecture qu'on peut avoir de certaines d'entre elles. Un investisseur américain ne sait plus où donner de la tête.

Pour conclure sur une note positive, le moment est favorable pour mener cette réflexion de l'attractivité économique de notre droit, en raison de la dépréciation de l'euro par rapport au dollar, qui s'élève à 22 % sur les douze derniers mois. L'effet sur les coûts supportés par les entreprises est non négligeable, ce qui améliore mécaniquement leur compétitivité. Nombreux sont ceux qui estiment que cette situation devrait perdurer en 2015 et bénéficier à l'ensemble de la zone euro.

Mme Catherine Flageul, présidente de la commission des études juridiques de la compagnie nationale des commissaires aux comptes. – En France, les commissaires aux comptes sont 13 500 professionnels qui certifient, chaque année, les comptes de 230 000 entités, beaucoup d'entre elles ayant des filiales ou étant elles-mêmes filiales de groupes étrangers.

À travers leurs missions, les commissaires aux comptes sont des observateurs privilégiés de la vie des entreprises. D'une part, ils exercent eux-mêmes leur métier dans le cadre d'une réglementation juridique et technique complexe où la norme joue un rôle prégnant et, d'autre part, ils peuvent porter un regard sur la complexité juridique et ses conséquences sur l'attractivité de ce droit et la compétitivité des entreprises.

Le droit des commissaires aux comptes est-il attractif pour les entreprises qui souhaitent s'installer en France ? La question du contrôle légal des comptes vise à apporter de la confiance à l'information financière produite par les entreprises : en France, on observe le plus faible nombre d'accidents économiques mettant en cause la transparence des comptes. Ce résultat est lié à un corpus juridique solide, avec la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ou celle du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. À cela s'ajoute le cadre sécurisé porté par les trois autorités administratives indépendantes que sont le Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C), l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Ainsi, l'audit légal est source d'attractivité pour les entreprises

étrangères qui s'installent en France. Rappelons d'ailleurs que la réforme européenne de l'audit du 16 juin 2014 s'inspire du système français. En outre, à la différence de nombreux pays européens, le marché français de l'audit légal se développe dans un cadre concurrentiel suffisant, qui permet aux entreprises en France de choisir des auditeurs adaptés à leurs besoins.

Quelle est la perception des commissaires aux comptes sur l'environnement juridique, sa complexité et sa performance, au travers des entreprises que nous auditons ?

Le droit des sociétés et le droit boursier ne sont pas les principaux freins à l'investissement des entreprises en France, contrairement au droit fiscal ou au droit social. En matière de droit des sociétés, on considère souvent que toute réglementation peut être un frein à l'activité des entreprises. Il est vrai qu'entre 2010 et 2014, 44 nouvelles taxes ont été votées et 20 nouvelles lois de finances. Or la stabilité est une vertu qui ne doit pas être perdue de vue. Il faut trouver un équilibre avec la nécessité de simplifier. Notre droit des sociétés évolue et fait parfois preuve d'innovation. Saluons en la matière les travaux de simplification menés par les « lois Warsmann » et les ordonnances adoptées depuis 2014, comme celle du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, qui simplifie le régime des conventions réglementées, en excluant de son champ celles conclues par des filiales, pour lesquelles le conflit d'intérêts était moins évident.

Soulignons aussi les nombreux points de satisfaction des entreprises installées en France, parmi lesquels le mode de gouvernance français des entreprises, la protection des actionnaires, le pouvoir dévolu aux assemblées ou encore la possibilité de choisir la forme juridique adaptée aux besoins de l'entité. Sur cette question, le droit français a su évoluer, notamment avec la loi du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée ou encore le choix d'une gouvernance moniste ou dualiste et la séparation des fonctions de président et de directeur général pour les sociétés anonymes.

Notre droit est complexe mais également protecteur. De la pédagogie est nécessaire : il faut donc soutenir les initiatives qui vont dans ce sens, à l'image de l'ouvrage « *La gouvernance des sociétés à l'usage des investisseurs* » publié par l'Institut français des administrateurs (IFA) et Paris Ile-de-France Capitale économique. Notre droit sait s'adapter et se moderniser. Nous nous inspirons des modèles étrangers en les adaptant aux spécificités françaises, comme en témoigne le droit des actions de préférence ou, plus récemment, la possibilité d'effectuer des introductions en bourse en France sous certaines conditions. Ces évolutions du droit français nécessitent un travail de promotion et d'explication pour démystifier sa complexité et promouvoir la sécurité apportée.

En matière de simplification, nous avons encore des marges de progrès. Par exemple, l'obligation de proposer tous les trois ans, depuis la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, une augmentation de capital réservée

aux salariés engage un formalisme juridique assez lourd. On peut s'interroger sur l'utilité de ce dispositif, qui n'impose pas le vote favorable d'une telle résolution, ce qui est d'ailleurs le cas dans 99,99 % des cas. Les investisseurs étrangers ne sont pas opposés à l'association des salariés au capital, mais ce dispositif est lourd et inutile. Il y a donc matière à simplifier, comme le proposait le sénateur Thani Mohamed Soilihi. Nos obligations administratives doivent évoluer. Les entreprises réclament d'ailleurs une meilleure prise en compte des nouvelles technologies pour répondre vite et mieux à certaines obligations ou certaines formalités.

Le droit français favorise-t-il correctement la compétitivité des entreprises françaises qui souhaitent se développer au niveau international ? Cette question appelle une analyse approfondie. Les efforts de simplification vont dans ce sens. Le droit français est-il pour autant suffisamment attractif pour les entreprises étrangères qui s'implantent dans notre pays ? Le droit n'est pas le premier facteur d'attractivité, en comparaison du positionnement géographique de la France, des facteurs économiques, y compris les aspects fiscaux et sociaux, de la qualité des infrastructures, du niveau de compétence de la main d'œuvre, de la stabilité politique et monétaire. Cependant, le droit n'est pas à négliger.

Enfin, les entreprises françaises jouent-elles à armes égales avec leurs concurrentes étrangères en matière de protection du secret des affaires ? Notre dispositif législatif est ancien et n'est peut-être plus adapté aux problématiques actuelles. Il doit être complété. Le secret des affaires n'est pas en tant que tel inscrit dans notre droit. Seul est consacré le secret professionnel, sa violation étant sanctionnée pénalement. Il ne concerne cependant qu'un nombre limité de professions, dont la nôtre. Les entreprises peuvent faire signer des clauses de confidentialité, mais leur efficacité est relativement faible. Selon nous, notre droit doit intégrer les nouveaux enjeux liés à l'intelligence économique, à la cybercriminalité ou encore à la mondialisation de notre économie.

Une entreprise soumise au droit français est-elle assurée de ne pas se voir imposer les règles d'un autre système juridique ? La réponse est plutôt négative, comme en témoigne les récentes affaires BNP-Paribas et Alstom, entreprises françaises condamnées aux États-Unis pour le non-respect des règles américaines en matière d'embargo et de corruption. L'importance des sommes payées par ces entreprises pour l'arrêt des poursuites judiciaires – 9 milliards de dollars pour BNP-Paribas et 850 millions de dollars pour Alstom – démontre que les entreprises françaises subissent le droit étranger. Sur le cas de BNP-Paribas, on peut comprendre qu'une société choisissant d'exercer des activités économiques dans un pays étranger se conforme aux règles locales. Il est en revanche plus difficile d'accepter que le simple fait de réaliser des transactions en dollars rende la société justiciable devant les juridictions américaines. Il s'agit du pouvoir des normes. Des pays comme les États-Unis l'ont compris depuis longtemps, puisque leur arsenal juridique leur permet d'imposer des obligations aux acteurs économiques bien au-delà de leurs

frontières. Ainsi, la capacité d'influence de la France dépend en partie de sa capacité à exporter son droit.

M. Michel Delebarre, co-rapporteur. – Vos témoignages présentent un intérêt particulier concernant la façon dont les entreprises voient notre droit. J'ai bien entendu l'ensemble de vos remarques, mais vous serait-il possible de les hiérarchiser ? Quelles sont les mesures qui doivent être prises en priorité ?

J'aimerais également que vous nous apportiez des éclairages sur la médiation. Tout le monde s'accorde pour dire qu'elle présente un grand intérêt, mais comment la développer ?

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – Je vous remercie pour ces exposés très complets. Je ne vous poserai, pour ma part, qu'une seule question, un peu provocatrice... Entre *soft law*, autorégulation et arbitrage, reste-t-il une place pour l'intervention du législateur, en dehors du domaine de la protection des consommateurs ou des questions environnementales ?

M. Jean-Pierre Sueur. – C'est une excellente question.

M. Christophe Béchu. – Je vous remercie pour vos interventions et je regrette que cet échange ne puisse se prolonger davantage. Il est essentiel de réfléchir aux moyens à mettre en œuvre pour devenir un pays « *pro-business* » et, visiblement, nous avons l'embarras du choix des outils qui nous permettraient d'agir.

M. Didier Kling. – Pour répondre aux deux rapporteurs : oui, le législateur a toute sa place dans le processus, pour élaborer une loi simple, stable et qui fixe les grands principes. Voici les objectifs prioritaires.

Quant à la médiation, elle doit s'inscrire pleinement dans notre système. En cas de conflit, je peux bien évidemment me tourner vers les tribunaux civils et commerciaux. J'ai confiance en la justice. Mais la procédure sera longue, coûteuse et publique.

Le recours à l'arbitrage, quant à lui, ne fonctionne que s'il est confié à un centre d'arbitrage. Cette voie présente également un inconvénient : une fois que les arbitres ont tranché, la solution est définitive.

La médiation est intéressante car les parties gardent la maîtrise du processus. Le médiateur aide les parties à se rapprocher. Si une solution est trouvée, et elle est trouvée dans deux tiers des affaires, elle permet aux parties de continuer à travailler ensemble.

Il me semble intéressant de renforcer la place de Paris en tant que place de la médiation et de l'arbitrage. C'est d'ailleurs ce qu'a préconisé le rapport de M. Michel Prada, à travers notamment un regroupement des centres d'arbitrage. Actuellement, ces centres sont tellement nombreux qu'il est difficile pour les investisseurs étrangers de s'y retrouver.

Mme Joëlle Simon – L'objectif n'est pas d'opposer le droit « *dur* » et le droit « *souple* ». Ils sont complémentaires depuis la nuit des temps. La

lex mercatoria était déjà une forme de droit souple, appliquée par les commerçants avec un contrôle des commerçants eux-mêmes. Il ne s'agit pas là d'autorégulation, qui signifie « *petits arrangements entre amis* ».

La *soft law* est consacrée au niveau européen. Le Conseil d'État a d'ailleurs consacré son rapport annuel de 2013 au droit souple. Il a tout à fait sa place dans notre système juridique. Par sa flexibilité, cet outil est un atout, notamment pour permettre de s'adapter à la taille des entreprises.

Mme Emmanuelle Flament-Mascaret, directrice de la concurrence, de la consommation et de la propriété intellectuelle de l'AFEP. – Pour répondre à M. Delebarre, la hiérarchisation des priorités des entreprises se résume en deux mots : simplification et stabilité.

Il n'y a pas de débat « *entreprises versus consommateurs* ». Les consommateurs sont les clients des entreprises. Les entreprises travaillent pour leurs clients. Le régulateur travaille pour les deux entités. Je citerai par exemple la mise en place récente de l'action de groupe, comme nouvel outil au service du consommateur.

Quant à la médiation, qu'elle soit législative ou conventionnelle, elle fait gagner un temps précieux. Elle est moins coûteuse et elle permet d'éviter l'aléa judiciaire.

M. Jean-Yves Durance. – Stabilité, prévisibilité et clarté, donc simplification. Voici les trois objectifs à mettre au-dessus des autres.

M. Philippe Koch. – J'ajouterai un élément : la communication. Notre droit a mauvaise réputation. Il faut progresser et nous aider à communiquer sur ses progrès.

**REPRÉSENTANTS DE LA COUR D'APPEL DE PARIS,
DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS,
DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE,
DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS
ET DE LA CHAMBRE ARBITRALE INTERNATIONALE DE PARIS**

M. Philippe Bas, président. – Mes chers collègues, nous poursuivons nos travaux sur la compétitivité de notre droit, avec l'audition des représentants de la cour d'appel de Paris, du tribunal de commerce de Paris, de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers et de la chambre arbitrale internationale de Paris.

Nous souhaitons déterminer ce qui, dans notre droit des affaires, peut constituer un obstacle au développement de l'activité économique de nos entreprises et à la bonne insertion de la France dans le commerce international, ainsi qu'à l'investissement étranger en France.

Mme Valérie Michel-Amsellem, conseiller faisant fonction de président de la chambre de la régulation économique de la cour d'appel de Paris. – La cour d'appel de Paris a un statut particulier. Elle couvre 20 % de l'activité judiciaire nationale et représente 20 % des effectifs liés à cette activité.

Elle est juridiction unique de contrôle des décisions prises en matière de règlement des différends et de sanctions par les autorités administratives indépendantes, l'autorité de la concurrence, l'autorité des marchés financiers (AMF), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)... Elle est aussi juridiction unique de contrôle des décisions relatives aux brevets et marques communautaires, juridiction exclusive des demandes d'*exequatur* des décisions arbitrales étrangères. Et, depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008, elle est juridiction d'appel unique pour les pratiques commerciales restrictives. Enfin, la cour traite bien sûr en appel de toutes les décisions et jugements rendus par les juridictions de droit commun de son ressort. À cet égard, 50 % de nos affaires viennent des tribunaux de commerce.

Le contentieux économique est un contentieux important, tant en volume que par sa portée et ses conséquences.

Concernant la compétitivité et l'attractivité de notre droit des entreprises, il convient de rappeler que, depuis vingt ans, il est très marqué par le droit européen, quand il n'est pas sa transposition pure et simple. Il s'agit bien sûr du droit de la régulation, du droit de la concurrence depuis 1986, du droit des marchés financiers depuis 1990, mais aussi de tout ce qui concerne le règlement des différends par l'ARCEP et la CRE. C'est aussi le cas des différents droits applicables en propriété intellectuelle. 95 % du code de la propriété intellectuelle est issu de la transposition en droit interne de directives européennes. Dans ces matières, l'application du droit est évidemment très marquée par la jurisprudence européenne.

Cet état du droit est une garantie pour les entreprises qui ont leur siège en France, comme dans le reste de l'Union européenne ou dans les pays tiers : elles se voient appliquer un droit cohérent, unique et dont la marge d'interprétation est réduite. Lorsque de véritables problèmes d'interprétation se posent, nous avons toujours la possibilité de saisir la Cour de justice de l'union européenne d'une question préjudicielle.

Il n'y a donc pas de véritable question de désavantage compétitif résultant du droit français pour les entreprises françaises, ni pour les entreprises européennes ou pour celles des pays tiers.

S'agissant du caractère attractif du droit français, la question est un peu limitée compte tenu de ce contexte européen. Dans les dossiers que nous traitons, des grands groupes internationaux, et pas seulement, créent des filiales françaises sans difficultés. Inversement, les entreprises françaises jouent à armes égales avec les entreprises étrangères. Il n'y a aucune difficulté particulière ni aucun avantage à être une entreprise française.

L'autonomie procédurale a permis des aménagements qui se révèlent efficaces. Par exemple, il existe en droit de la concurrence une procédure de mesures conservatoires qui permet des actions efficaces. Cette procédure est plus souple que celle instaurée en droit européen.

Quant au secret des affaires, c'est un sujet délicat, car nous sommes alors en présence de droits qui deviennent antagonistes : le droit de propriété, les droits de la défense, le droit de ne pas s'incriminer soi-même... Mais il est aussi le centre d'une confrontation entre les droits individuels et la sauvegarde de l'ordre public économique. On peut aussi signaler qu'en matière de propriété industrielle, la question du secret des affaires est peu soulevée. Elle l'est parfois dans le cadre des saisies pour contrefaçon, par exemple. Mais les magistrats que j'ai interrogés n'ont pas signalé de difficultés particulières. Ils considèrent que les questions se résolvent au coup par coup et que les contestations ne sont pas toujours fondées. La question du secret des affaires est rare en droit boursier, pour lequel aucun dispositif particulier n'a été mis en place.

Quant à la publicité des comptes des entreprises, ce n'est pas un sujet. Il s'agit d'une obligation qui existe d'ores et déjà en Europe et aux États-Unis.

En matière de propriété industrielle, les litiges qui peuvent s'élever entre opérateurs économiques ne posent pas de difficultés notables lorsque les parties sont ressortissantes d'un pays de l'Union européenne ou des États-Unis, car les droits applicables sont connus. En revanche, lorsque le contrefacteur est ressortissant d'un pays d'Asie, il est quasiment impossible d'obtenir sa sanction. Le seul recours consiste à attaquer le distributeur ou l'importateur. En Chine, par exemple, les assignations sont bien délivrées, mais ensuite les entreprises ne constituent pas avocat. Le procès se tient sans elles, puis les décisions sont très difficiles à faire exécuter. La Chine serait en train de réformer son droit de la propriété industrielle, ce qui pourrait améliorer la situation.

Mais, plus que tout, il faut donner aux juridictions les moyens matériels pour agir vite, mais également pour agir efficacement, grâce au renforcement de la formation des magistrats aux matières économiques. Jusqu'à très récemment, l'essentiel des moyens affectés à la formation étaient concentrés sur la justice pénale, la justice familiale et la justice sociale, qui en ont besoin. Mais, la justice économique et commerciale ne peut être laissée de côté. On observe une disproportion importante entre les moyens des autorités administratives indépendantes, certaines parties et les juridictions. La qualité de nos décisions n'en est pas affectée, mais les délais de traitement des affaires ont augmenté. Nous n'avons pas les moyens d'apporter une réponse efficace. Sur ce point, un contrat d'objectif est en cours de négociation avec la chancellerie. Il devrait renforcer l'équipe autour du juge.

M. Olivier Douvreur, conseiller à la cour d'appel de Paris. – La cour d'appel juge, observe mais n'est pas partie prenante. En matière de droit

des entreprises, il arrive que les tribunaux français appliquent la loi étrangère, par exemple quand les parties ont conclu un contrat international.

Mme Favre parlera des pratiques anticoncurrentielles, à distinguer des pratiques restrictives de concurrence. La liste de ces pratiques commerciales prohibées est très longue : discrimination, vente d'un bien en dehors du réseau de distribution sélective... Pourquoi évoquer ce sujet ? D'abord parce que, contrairement aux pratiques anticoncurrentielles, c'est un droit purement national, qui n'est pas couvert par des règlements communautaires. C'est un droit d'ordre public.

Le ministre de l'économie a la possibilité d'agir en réparation devant les tribunaux ; il peut agir en nullité des contrats. La sanction de ce droit n'est donc pas laissée à la seule initiative des parties prenantes, et d'abord des entreprises qui en sont victimes. Au nom de l'ordre public économique, le ministre va ainsi agir et s'immiscer dans des rapports privés. C'est important à souligner. C'est un droit d'application territoriale et souvent il trouvera à s'appliquer aux relations commerciales entre entreprises françaises et étrangères.

Un exemple parmi ces pratiques restrictives de concurrence : la rupture brutale de relations commerciales établies. C'est l'hypothèse d'un flux d'affaires entre deux entreprises, suffisamment important et stable pour être qualifié de relations commerciales établies. Les parties ne peuvent pas y mettre fin sans un préavis d'une durée suffisante. Les tribunaux devront vérifier si le préavis prévu au contrat est d'une durée suffisante. Le contrat ne suffira pas, et pour déterminer si ce préavis est d'une durée suffisante, les tribunaux auront, nous dit le code de commerce, à se référer aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels existants. Le tribunal fixera la durée convenable du préavis à cette aune. Si cette durée est supérieure à celle prévue au contrat, le tribunal écartera le contrat qui, pourtant, est la loi des parties.

Est-ce un élément d'attractivité ou de dissuasion du droit français ? La question mérite d'être posée.

M. Frank Gentin, président du tribunal de commerce de Paris. - Je voudrais évoquer deux points. Le tribunal de commerce de Paris traite principalement des litiges concernant les difficultés des entreprises et les contentieux entre les entreprises.

En matière de difficultés des entreprises, s'il y a un message à passer, il porte sur la « loi Badinter » de 1985, qui fait reposer le traitement des entreprises sur trois points : le maintien de l'activité, la sauvegarde des emplois de la société concernée et le traitement des créanciers. Cette loi a des effets pervers non mesurés.

Premièrement, les créanciers sont écartés du débat. Ils ont donc adapté leur comportement et, en conséquence, l'accès au crédit pour les plus petites entreprises est très limité.

Si on compare avec le traitement des entreprises chez nos voisins, notre situation, sur le plan de l'intérêt général, privilégie la sauvegarde des entreprises, parfois sous « assistance respiratoire » avec un coût général direct pour la société. Les entreprises soumises à un plan de continuation ne survivent pas au-delà de trois ans et demi en moyenne. S'y ajoute un coût indirect : les conséquences pour l'accès au crédit. C'est d'autant plus grave – me semble-t-il – qu'aujourd'hui, 75 % des enjeux financiers relatifs au traitement des difficultés des entreprises sont traités dans le cadre des procédures de négociation (pour 6,8 milliards de passifs traités à Paris, 5,1 milliards concernent les procédures de négociation). Lors des négociations, les créanciers ont un couteau dans le dos ; s'ils ne cèdent pas dans la négociation, ils vont se voir imposer un plan de dix ans.

Mais un petit coin de ciel bleu est apparu avec l'ordonnance du 12 mars 2014, qui a ouvert la porte aux créanciers en leur offrant la possibilité de venir autour de la table. Il faut lui donner une suite avec la possibilité d'évincer l'actionnaire d'une société défaillante. Pourquoi ? Parce qu'il ne faut pas confondre la société et l'entreprise. Aujourd'hui, l'actionnaire a un gros avantage sur le créancier. Alors que nous avons tous appris dans nos cours de droit que les actionnaires étaient payés après les créanciers, la réalité est tout autre.

Deuxième sujet : le contentieux. Je vais vous parler en tant que praticien. Le traitement des contentieux présente un énorme problème de délai : la procédure orale au tribunal de commerce ne permet pas aux juges de prononcer la clôture des débats. Dans ce pays, il est facile au défendeur de procéder à des manœuvres dilatoires. La justice commerciale ne fonctionne donc pas aujourd'hui à cause des délais qui sont incompatibles avec la vie des entreprises. Il faut s'attaquer d'urgence à cette question, avec au minimum la révision de l'article 446-2 du code de procédure civile, qui impose l'accord des parties pour que le juge fixe un délai.

J'observe qu'en matière de rupture brutale de relations commerciales établies et de pratiques restrictives de concurrence, un nombre croissant de contentieux est initié par des sociétés étrangères. Celles-ci demandent à leurs clients français qui ont rompu leurs relations commerciales, éventuellement dans le cadre prévu au contrat, des indemnités, en application des dispositions évoquées par l'intervenant précédent. Elles bénéficient d'un effet d'aubaine considérable.

Quand on demande aux justiciables étrangers ce qu'il pense de la justice commerciale française, le principal problème est le risque que présente pour eux la possibilité pour le juge d'aller au-delà de ce que le contrat a prévu. C'est une source d'insécurité juridique.

Mais il y a une longue liste de dispositifs qui fonctionnent : nos dispositifs valent largement, voire plus, ceux de nos partenaires étrangers. C'est

le cas de l'article 145 du code de procédure civile, sur les mesures d'instruction que je juge peut ordonner.

Mme Claire Favre, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence. – Mon propos sera très rapide.

En matière de droit de la concurrence, les règles ne sont pas des règles franco-françaises. Le droit de la concurrence est né aux États-Unis ; ce sont les lois « *antitrust* » de la fin du XIX^{ème} siècle. Il n'est venu en France qu'après la Seconde Guerre mondiale, au moment du marché commun de l'acier. Sur le fond, les règles sont simples et peuvent être comprises de tous. Elles tendent toujours à la répression des pratiques anticoncurrentielles et des abus de position dominante.

La différence est essentiellement procédurale. Aux États-Unis, le droit de la concurrence s'est construit au travers des actions privées. C'est un droit très dissuasif, puisque non seulement on arrive à des réparations avec un caractère punitif, mais on constate que la répression pénale se développe de plus en plus. En 2010, 76 % des coupables ont été condamnés à une peine d'emprisonnement, souvent supérieure à un an.

Ce n'est pas du tout le cas en Europe et en France. Le point de départ est l'action publique, destinée à protéger des atteintes préjudiciables à l'État et à la rentabilité du marché. Réguler est bénéfique pour les victimes, l'entreprise concurrente et le consommateur final. L'objectif de l'action publique est de dissuader les opérateurs économiques d'enfreindre le jeu de la libre concurrence ; c'est un droit attractif puisqu'il est fait pour protéger ceux qui veulent innover, entrer sur un marché.

La procédure, en droit français, est entre les mains d'autorités administratives indépendantes qui elles-mêmes doivent respecter strictement les droits de la défense, le principe du contradictoire et l'exigence de la séparation des organes d'instruction et de jugement. Les pouvoirs d'investigation eux-mêmes sont très encadrés et c'est une règle française qui n'est pas en vigueur dans tous les États européens : les opérations de visite et de saisie doivent ainsi être autorisées par un juge judiciaire.

Il s'agit d'un droit qui a l'avantage de la prévisibilité, par ailleurs, parce qu'une certaine *soft law* a pris de l'importance. L'Autorité de la concurrence publie notamment des communiqués très didactiques sur le mode de calcul des sanctions ou les conditions pour être bénéficiaire de la procédure de clémence.

La clémence est un processus – il vient des États-Unis – qui permet d'accorder l'immunité des poursuites à des personnes qui apportent les informations nécessaires pour mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles, même si elles y ont pris part elles-mêmes. Il est tellement difficile de découvrir les cartels que, la plupart du temps, ceux-ci sont portés à la connaissance des autorités par une des entreprises à ces cartels. Ce processus est tout à fait admis à l'étranger. En revanche, bien qu'il existe depuis dix ans en droit français, les

entreprises demeurent réticentes à y recourir – c’est plus un problème de mentalité. Les deux dernières décisions de l’Autorité de la concurrence en fournissent une illustration : l’une rendue fin 2014, concernait l’entente dans le secteur de l’hygiène et de l’entretien, l’autre, qui date d’un mois, était relative aux produits frais. Dans ces deux dossiers, les entreprises qui ont bénéficié de la clémence sont des entreprises étrangères.

Autre aspect, sans doute positif, du droit de la concurrence devant l’Autorité : le mécanisme assez abouti de la protection du secret des affaires. Cette préoccupation a grandi au fur et à mesure de l’utilisation des pouvoirs d’enquête par les services d’instruction. Il s’agit d’un mécanisme en deux temps. Première phase : l’entreprise demande le classement « secret d’affaires » et nous faisons droit à peu près à toutes les demandes. Seconde phase : quand, dans ces documents, il peut être trouvé des éléments à charge ou qui peuvent servir à la défense d’une entreprise ; dans ces cas-là, il y a demande de déclassement et nous y procédons en fonction de notre analyse.

Jusqu’à la fin de 2014, il n’y avait pas de recours contre ces décisions de l’Autorité de la concurrence. Mais le Conseil d’État, par un arrêt du 10 octobre 2014, a ouvert la voie d’un tel recours contre les décisions de déclassement uniquement. Je m’interroge : il n’existe aucun mécanisme prévu par la loi protégeant le secret des affaires. Pour contrôler l’opportunité du déclassement, nous sommes donc conduits à dévoiler ce qui était confidentiel. La loi est donc perfectible sur ce plan.

L’autre aspect de la question sera abordé par M. David Viros : une directive européenne prévoit de développer les actions en réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a pris en compte les victimes de ces pratiques en créant une action de groupe « à la française », beaucoup plus encadrée que l’action de groupe américaine. La faute est établie par la décision de l’Autorité de la concurrence ; cette décision vaut preuve irréfragable des faits. Pour intenter cette action en réparation, il faut donc attendre que la décision de l’Autorité de la concurrence soit définitive. En outre, cette action n’est pas ouverte à tous, mais seulement aux associations de consommateurs agréées.

M. David Viros, chef du service du président de l’Autorité de la concurrence. – La directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence devra être transposée par les États membres d’ici la fin de l’année 2016. Cette directive permettra de réparer le préjudice des victimes de violations du droit de la concurrence. C’est un élément de compétitivité dans la mesure où aujourd’hui, dans l’Union européenne, il existe trois places attractives pour introduire des actions en réparation de violations du droit de la concurrence : l’Allemagne, le Royaume-Uni et les Pays-Bas. La vocation de cette directive est donc de créer un terrain de jeu équitable, grâce à une règle homogène, afin que, par exemple,

les entreprises françaises ne soient pas systématiquement attirées devant des juges étrangers. Nous nous en félicitons.

Au niveau européen comme au niveau international, deux droits doivent être distingués : le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit du contrôle des concentrations, qui est aussi un des piliers du droit de la concurrence. En ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles, nous sommes arrivés à une harmonisation du droit substantiel : quel que soit le pays, quand le commerce intracommunautaire est affecté par une opération nationale, l'autorité de concurrence nationale doit appliquer les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cela induit un effet de contagion sur le droit national : que les autorités de la concurrence appliquent l'article 101 du traité ou, dans certains cas, seulement le droit national, elles auront toujours à cœur d'avoir une action cohérente. De plus, les dispositions nationales ne sont bien souvent que le reflet des dispositions européennes, les premières ayant été prises dès le traité de Rome de 1957.

En matière de droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit est harmonisé et les autorités nationales s'assurent même de son application « efficace et uniforme », pour reprendre les termes du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, qui encadre l'activité des autorités de la concurrence. Cette application uniforme est permise grâce à un dialogue régulier entre autorités nationales, ainsi qu'entre celles-ci et la Commission européenne. Il existe même un système d'allocation des cas, afin de déterminer l'autorité la mieux placée pour traiter du dossier. Par exemple, pour un cartel réparti sur les marchés français et allemand, la théorie des effets pourrait justifier aussi bien la compétence de la France que celle de l'Allemagne. Les autorités de ces deux pays pourraient chacune instruire et sanctionner ces comportements, mais cela ne serait pas efficient. Dès lors, les autorités peuvent décider ensemble qui traitera le cas. Les autorités appliquent le même droit substantiel et, en pratique, les autorités s'assurent qu'elles l'appliquent de la même manière.

Au niveau mondial, on parvient à un effort significatif de convergence – et non d'harmonisation – dans le cadre du réseau international de la concurrence, dont l'Autorité de la concurrence française assure la vice-présidence.

Dans le cadre de cette enceinte, de bonnes pratiques sont définies. Elles essaient aussi bien au sein des autorités dites « émergentes », qui doivent s'approprier un corpus complexe, qu'au sein des autorités plus « avancées », qui peuvent s'entendre sur des principes d'analyse communs, quitte à accepter parfois des divergences, comme c'est le cas entre les États-Unis et l'Union européenne. Dans l'ensemble, il y a convergence, y compris sur le fond du droit applicable. Les travaux du réseau international de la concurrence y concourent.

Dans le cadre du contrôle des concentrations, la logique est inversée par rapport au droit des pratiques anticoncurrentielles. À l'occasion des affaires GE-Honeywell et Boeing-McDonnell Douglas, la Commission européenne et les autorités américaines ont développé des analyses très différentes. Le réseau international de la concurrence a été créé à la suite de ces affaires au début des années 2000, pour éviter à l'avenir ce type de divergence d'interprétation. L'accent a donc été mis sur le contrôle des concentrations. Aujourd'hui, cela fonctionne bien et, sauf exception, la Commission européenne et les États-Unis ont pris l'habitude de coopérer, y compris sur un plan procédural : assez souvent, les décisions sont publiées le même mois, voire le même jour, aux États-Unis et dans l'Union européenne. Le niveau de coopération est donc très satisfaisant. Le problème se situe en réalité plutôt à l'intérieur même de l'Europe, comme l'illustre l'affaire Eurotunnel-SeaFrance : en France, l'Autorité de la concurrence a autorisé la fusion sous réserve d'un certain nombre d'engagements pris par Eurotunnel. Au Royaume-Uni, la fusion a été interdite. Or, dans ce domaine, c'est le dernier qui statue, et qui statue le plus durement, qui impose sa décision. Il subsiste donc un vrai problème en matière de contrôle des concentrations : il n'existe pas d'harmonisation des règles de fond. Ce sont 27 droits distincts qui s'appliquent - 28 en comptant la Commission européenne - sans qu'il y ait véritablement d'outils de coopération. Même les calendriers procéduraux divergent ! Cette situation n'est pas satisfaisante.

La Commission européenne a publié un livre blanc, l'été dernier, sur la réforme du contrôle des concentrations, mais elle s'est axée sur le contrôle des participations minoritaires sans mettre l'accent sur la gouvernance et sur l'harmonisation des droits nationaux en matière de contrôle des concentrations. L'Autorité de la concurrence souhaite qu'une initiative européenne soit prise pour qu'un même droit soit applicable, s'accompagnant d'un alignement des procédures et d'un système de résolution des conflits. En effet, les difficultés précitées peuvent se renouveler à l'avenir car il existe plus de 200 hypothèses de décisions impliquant plusieurs États par an. Ce sont pour ces situations que l'Autorité de la concurrence souhaite qu'une initiative soit prise. Nous avons rendu un rapport sur ce sujet au ministre des finances en décembre 2013, dont je tiens une copie à la disposition de votre commission.

M. Benoît de Juvigny, secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). - Je voudrais évoquer deux points : d'abord, vous présenter le processus de fabrication du droit des marchés financiers par l'AMF, puis vous faire part de quelques considérations sur le droit du siège social des entreprises.

L'AMF dispose d'un pouvoir réglementaire, sous réserve d'homologation par le ministre des finances. C'est aujourd'hui un élément modeste au regard de son rôle d'influence au niveau européen. En effet, le droit des marchés financiers est aujourd'hui élaboré au niveau européen, avec une nette accélération depuis cinq ans. Le vecteur utilisé n'est plus celui des directives mais celui des règlements. Nous participons beaucoup à l'élaboration

de ce droit, notamment par le biais d'experts nationaux détachés. L'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), à laquelle je participe, comme beaucoup de mes confrères d'autres États membres, contribue à l'élaboration de ce droit : nous y consacrons d'importants moyens. C'était déjà le cas, depuis 20 ou 25 ans, mais depuis la crise financière et les cinq dernières années, l'accélération a été particulièrement forte. Incidemment, je regrette la perte relative et continue de notre influence au Parlement européen.

Pour vous donner un exemple de notre rôle d'influence, dans le cadre du droit des actionnaires, réexaminé au niveau communautaire, nous plaidons depuis des années pour que les agences en conseil de vote soient régulées. En effet, le capital des entreprises françaises présente la caractéristique d'être très ouvert et quelques agences anglo-saxonnes, en donnant des consignes de votes, font alors la pluie et le beau temps. Il serait normal que ces agences respectent quelques règles de fonctionnement. Après un travail d'influence considérable, nous arrivons enfin à ce que le fonctionnement de ces agences soit évoqué, pour prendre en compte les conflits d'intérêts par exemple. Cela nous a demandé beaucoup de travail de conviction et d'influence.

Cela me permet d'opérer une transition vers le droit du siège social des entreprises. Le siège social est de moins en moins immuable, les entreprises le choisissent : j'insiste sur ce terme. Ainsi, quatre entreprises du CAC 40 ne sont pas françaises, dans le SBF 120, huit ne le sont pas. Cette situation s'explique par des facteurs d'attractivité générale du droit. Certaines entreprises utilisent le droit européen pour délocaliser leur siège, ou bien elles le font à l'occasion d'une grande opération financière, qui est toujours le théâtre d'une compétition entre les différents pays pour attirer le siège de la nouvelle entité. Je constate que la dernière grande fusion internationale sous le régime du droit français - celle d'Alcatel et de Lucent - est intervenue il y a dix ans. L'an dernier, deux fusions ou projets de fusion, impliquant deux très grandes entreprises françaises, la fusion de Lafarge et d'Holcim, d'une part, et celle de Publicis et d'Omnicom, d'autre part, n'étaient pas envisagées dans le cadre du droit français. C'est un sujet de préoccupation.

Je suis enfin un peu inquiet de certaines mesures qui ne contribuent pas à l'attractivité du territoire, comme la loi dite « Florange ». Ainsi, le droit de vote double, automatiquement lié à la durée de détention d'un titre, affecte l'attractivité : changer les règles du jeu est plus risqué que de conserver le *statu quo*. Dans certains cas, la stabilité est préférable aux changements, même justifiés par un impératif de simplification. Enfin, les délais dans lesquels certaines décisions sont rendues par les cours d'appel, comme dans le cas de l'offre publique d'acquisition lancée sur le Club Méditerranée, sont invraisemblables, surtout lorsqu'on les compare à ceux qui existent dans les pays anglo-saxons.

M. Baudouin Delforge, président de la chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP). - Je précise que je suis d'abord un chef

d'entreprise et non un juriste. Je partage largement les interventions précédentes, surtout la vôtre, monsieur de Juvigny.

La chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP) est très connue des professionnels, mais elle ne l'est pas du grand public. C'est une institution d'arbitrage, chargée de résoudre par voie d'arbitrage ou de médiation des litiges survenant le plus souvent à l'occasion de transactions commerciales conclues au niveau national ou international. 70 % des affaires impliquent une partie implantée dans un pays étranger, ce qui témoigne de la confiance des opérateurs internationaux. La chambre a par ailleurs conclu plusieurs accords de coopération afin de coordonner ses efforts et d'améliorer ses ressources, avec la chambre de commerce de Sao Paulo, avec la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), située à Pékin, ou avec l'Association russe de l'arbitrage, avec laquelle nous avons signé un accord le 22 octobre 2014.

La CAIP intervient dans deux cas : si sa compétence a été prévue dans un contrat - c'est la fameuse clause compromissoire - ou si cela a été décidé dans le cadre d'un compromis ultérieur d'arbitrage. La CAIP est ouverte à tout domaine d'activité, même si son cœur de métier est l'agro-industriel. En effet, elle a été créée le 25 mars 1926 par Louis Louis-Dreyfus, sénateur, négociant en grains et président du syndicat général de la bourse de commerce de Paris de l'époque. La Bourse de commerce présidée par Louis Louis-Dreyfus regroupait les représentants d'une vingtaine de fédérations de tous corps de métiers, associations nationales, syndicats, préconisant la création d'une chambre arbitrale unique. Il a fallu plusieurs années pour la mettre en place, puis les professionnels du commerce lui ont fait confiance pour résoudre leurs différends. Dès lors, la chambre a mis en œuvre des règlements d'arbitrages spécifiquement adaptés aux pratiques et usages particuliers de différents secteurs d'activités : franchises, propriété industrielle, dont vous avez parlé tout à l'heure, et même, exemple historique tout à fait particulier, « cuirs et peaux ».

Le taux d'annulation des sentences est de 3 pour 1 000 : on peut donc apprécier le professionnalisme de la CAIP. L'intérêt, la rapidité et le caractère moins conflictuel de la justice arbitrale sont reconnus. En particulier, les parties peuvent être en procédure d'arbitrage tout en continuant à travailler ensemble. Je suis moi-même arbitre depuis 20 ans et je peux en témoigner. La rapidité des arbitrages rendus permet d'ailleurs de sauver des entreprises, en rendant possible la poursuite de l'activité.

À la suite de la réforme mise en place par le décret du 13 janvier 2011, le règlement d'arbitrage a été refondu pour poser le principe d'un arbitrage à degré unique, sauf volonté contraire des parties. C'est une réforme que nous avons soutenue.

L'objectif de maintien des relations commerciales est sous-jacent aux dispositions de notre règlement qui permettent aux parties d'engager une

procédure de médiation. Cela permet de reprendre la discussion devant un tiers neutre, afin de mettre un terme au conflit.

Nous proposons des listes d'arbitres : nous en avons plus de 300 au total, qui sont tous des spécialistes reconnus soit pour leur expertise professionnelle, soit pour leur expertise juridique. Le système paritaire, composé de professionnels et de juristes, pratiqué par la CAIP doit donc être regardé avec bienveillance. La CAIP désigne deux professionnels du secteur concerné au sein de chaque tribunal arbitral. Ces arbitres peuvent être étrangers ou français. Il appartient aux parties de choisir, si elles le veulent, les arbitres sur les listes. Les arbitres choisis peuvent appliquer la loi française ou la loi étrangère selon les cas. La CAIP propose aux arbitres professionnels des formations en droit de l'arbitrage : l'intérêt est de plonger les opérateurs dans des situations réelles d'arbitrage. Cette complémentarité entre juristes et professionnels est appréciée. La chambre exige de ses arbitres une déclaration d'indépendance et d'impartialité préalable à la constitution du tribunal. Nous avons été parmi les premiers à mettre en place un code d'éthique. L'avantage de cette professionnalisation de l'arbitrage est la prévisibilité des décisions qui en découle, gage de qualité de la justice. Pour les entreprises, l'intérêt de décisions rendues rapidement est manifeste puisque cela favorise la poursuite de l'activité pendant la durée de l'arbitrage.

Ce n'est pas l'intérêt des institutions d'arbitrage de prendre position sur les mérites de tel ou tel droit et donc de hiérarchiser les systèmes juridiques. Le droit applicable au litige est du seul ressort des parties ou de leur conseil. Le fait de choisir le droit français n'a pas d'influence particulière sur la procédure d'arbitrage. Cela n'a pas d'influence sur la compétitivité des entreprises. D'autres critères, sur lesquels une institution d'arbitrage ne peut avoir d'avis, jouent davantage. Il ne faut pas confondre patriotisme économique et patriotisme juridique. Le droit des nations les plus puissantes est la traduction de leur puissance économique. Pour reprendre l'idée de Rousseau, le plus fort ne peut demeurer le plus fort s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir.

Enfin, précisons que la plupart des arbitrages se font aujourd'hui en anglais.

M. Christophe-André Frassa, co-rapporteur. – Compte tenu de l'intérêt de toutes les interventions, j'ai une question à poser à chacun des organismes.

Madame Michel-Amsellem, quelle perception les entreprises étrangères ont-elles du droit économique français ? Choisissent-elles le juge français ou le paiement d'une amende dans leur pays d'origine ?

Monsieur Gentin, juste une remarque : l'outil dont nous disposons en France dans le code de procédure civile est à disposition du juge alors que la *discovery* est à disposition des avocats. Les deux procédures vous semblent-elles aussi efficaces pour défendre les intérêts des entreprises ?

S'agissant de la clémence, que vous avez évoquée madame Favre : faut-il comprendre par-là que la procédure de clémence entraîne l'immunité complète ? La clémence, ce n'est pas le pardon. Y a-t-il quand même une peine encourue dans cette procédure de clémence, dont le terme me semble théologiquement impropre ?

Monsieur de Juvigny, pour les grandes entreprises du CAC 40 qui gardent leur siège en France, ne constate-t-on pas un mouvement de départ à l'étranger des états-majors, même si les sièges officiels ne sont pas déplacés ? Comment garder l'un et l'autre en France afin de ne pas juste conserver une coquille vide ?

Enfin, une dernière question, monsieur Delforge, vous avez parlé d'un accord entre la Chine et votre institution : pour une grande entreprise victime de contrefaçon, est-il préférable de s'adresser au juge ou à un arbitre ?

Mme Valérie Michel-Amsellem. – Vous m'interrogez sur la perception que les entreprises étrangères ont du droit économique français. La réponse dépend de ce dont on parle : l'application du contrat ? Les amendes prononcées par une autorité administrative indépendante ? Le droit des pratiques restrictives, particularité française sans équivalent dans les droits étrangers et que les parties essaient d'éviter, compte tenu de ses conséquences financières potentiellement lourdes ?

En ce qui concerne les sanctions, le droit appliqué étant européen, les amendes pourraient être sensiblement du même niveau partout. Les amendes en droit français ne sont pas si mesurées, leur objectif essentiel étant d'éviter la réitération.

M. Frank Gentin. – L'article 145 du code de procédure civile est à disposition des justiciables. Dans la pratique, le justiciable demande, par la voie de son avocat, la saisie et la mise sous séquestre d'un certain nombre de pièces. Ensuite, une demande de rétractation est souvent formée par le requis, ce qui conduit les parties devant le juge. À ce stade, la procédure est contradictoire. On est presque dans une procédure de type *discovery*. Nous nous efforçons de susciter des solutions négociées plutôt qu'imposées. Les parties sont très incitées à trouver des solutions amiables quand il y a saisie de pièces. C'est une procédure qui fonctionne bien.

Mme Claire Favre. – La clémence entraîne l'immunité, mais celle-ci peut être totale ou partielle. Elle est totale si vous avez été le premier à dénoncer l'entente et que vous apportez des informations dont ne disposait pas l'Autorité de la concurrence. Sinon, elle est partielle. C'est différent du pardon, car l'entreprise est bien déclarée coupable de pratiques anticoncurrentielles. Elle n'est pas à l'abri d'une action en réparation émanant des victimes. La clémence se rapproche ainsi d'une transaction.

M. Benoît de Juvigny. – La délocalisation des états-majors est difficile à mesurer. Elle est parfois inspirée par de bonnes raisons – le regroupement de tout le groupe – et parfois pour de mauvaises raisons,

principalement fiscales. Il est toutefois beaucoup plus difficile de revenir en arrière sur le transfert du siège social que sur les mouvements d'état-major. Ceci mérite notre attention.

M. Baudouin Delforge. – S'agissant de la contrefaçon, il ne peut pas y avoir d'arbitrage, car il n'existe pas de contrat à la base. Pour qu'il y ait un arbitre, il faudrait une clause compromissoire entre les parties, donc un contrat. Pour le reste, je vous rejoindrais par une boutade : les meilleurs gardes-chasse sont souvent d'anciens braconniers...

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

Mercredi 11 mars 2015

Personnalités qualifiées

M. Antoine Garapon, secrétaire général de l'institut des hautes études sur la justice, co-auteur de *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*

Mme Astrid Mignon Colombet, avocate, co-auteur de *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*

Mme Claude Revel, déléguée interministérielle à l'intelligence économique

Mme Caroline Leboucher, directrice générale adjointe de Business France

Conseil national des barreaux

M. William Feugère, membre du bureau et ancien président de la commission Droit et entreprise

M. Paul Lignières, avocat au barreau de Paris

Mme Leila Hamzaoui, présidente de la commission Droit et entreprise

Mme Anne Vaucher, ancienne présidente de la commission statut professionnel de l'avocat

Association française des juristes d'entreprises

Mme Stéphanie Fougou, présidente

M. Hervé Delannoy, président d'honneur

M. Marc Mossé, vice-président

Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle

M. Alain Michelet, président

M. Alexandre Lebkiri, vice-président

Mme Stéphanie Celaire, trésorier

M. Marc Bethenod, membre du bureau

Mercredi 18 mars 2015

Ministère de la justice

Mme Carole Champalaune, directrice des affaires civiles et du Sceau

Mme Pascale Compagnie, sous-directrice du droit économique

Mme Florence Lifchitz, chef du bureau de la réglementation des professions

M. Guillaume Meunier, chef du bureau du droit des obligations

Chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France

M. Didier Kling, trésorier de la chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France

M. Jean Yves Durance, président de la chambre de commerce et d'industrie des Hauts-de-Seine

Mme Anne Outin-Adam, directeur des politiques législatives et juridiques

Mme Véronique Étienne-Martin, conseillère parlementaire

Mouvement des entreprises de France (MEDEF)

Mme Catherine Minard, directrice des affaires internationales

Mme Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques

Mme Ophélie Dujarric, directrice de mission à la direction des affaires publiques

Association française des entreprises privées (AFEP)

Mme Emmanuelle Flament Mascaret, directrice de la concurrence, de la consommation et de la propriété intellectuelle

Mme Odile de Brosses, directrice du service juridique

Mme Aude-Solveig Epsein, chargée d'études

Chambre de commerce américaine en France (AmCham)

M. Philippe Koch, vice-président du comité « Policy », directeur des relations institutionnelles France d'IBM

M. Tanguy Marziou, directeur des affaires publiques

Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC)

Mme Catherine Flageul, présidente de la commission des études juridiques

Mme Sabine Rolland, directrice du service juridique

Cour d'appel de Paris

Mme Valérie Michel-Amsellem, conseiller faisant fonction de président de la chambre de la régulation économique

M. Olivier Douvreur, conseiller

Tribunal de commerce de Paris

M. Frank Gentin, président

Autorité de la concurrence

Mme Claire Favre, vice-présidente

M. David Viros, chef du service du président

Autorité des marchés financiers

M. Benoît de Juvigny, secrétaire général

Mme Laure Tertrais, conseillère chargée de la législation et des relations parlementaires

Mme Delphine Dirat, chargée de mission

Chambre arbitrale internationale de Paris

M. Baudouin Delforge, président

Mme Irina Guerif, secrétaire générale