

REVUE LAMY

Droit des Affaires

COMPLIANCE ET ÉTHIQUE EN DROIT DES AFFAIRES

Frédéric BAAB, Laura BOURGEOIS, Blandine CORDIER-PALASSE, Sandra COSSART, Stéphane COUCHOUX, Emmanuel DAOUD, François DAUBA, Arthur DETHOMAS, Antoine GAUDEMET, Mélati GAUVRY, Emery JACQUILLAT, Paul LEFEVRE, Antoine ORY, Diane PAILLOT de MONTABERT, Sophie SCEMLA, Sandrine TRIGO, Hugues VILLEY-DESMESERETS

165 | SUPPLÉMENT
DÉCEMBRE 2020



Wolters Kluwer

RLDA 7111

Les limites actuelles de la lutte contre les crimes économiques : le point de vue du pénaliste

Après la polémique qui avait vu le jour lors de l'adoption de la loi relative à la protection du secret des affaires et, beaucoup plus récemment, le scandale de l'affaire Perenco, la rédaction s'est penchée sur les moyens effectifs des victimes de crimes économiques pour faire valoir leurs droits. Emmanuel Daoud, avocat pénaliste, Sandra Cossart et Laura Bourgeois, de l'ONG Sherpa, ont accepté de répondre à nos questions. Voici, en premier lieu, le point de vue d'Emmanuel Daoud.



Emmanuel
DAOUD

Avocat associé,
cabinet Vigo,
Membre du réseau
international
GESICA

RLDA : Le monde de l'entreprise est caractérisé par une certaine opacité que ses défenseurs justifient par l'impératif de compétitivité dans un monde toujours plus concurrentiel. L'adoption, en 2018, de la controversée loi relative à la protection du secret des affaires, transposant la directive européenne n° 2016/943 du 8 juin 2016, en constitue une sorte de consécration.

D'un autre côté, la lutte contre les infractions économiques est d'actualité au sein de l'Union européenne qui a, par exemple, récemment mis en place une unité d'enquêteurs au sein d'Europol, spécialisés dans la lutte contre les délits financiers (le Centre européen de lutte contre la criminalité financière et économique (EFECC)).

Selon vous, comment ces deux impératifs apparemment opposés peuvent-ils s'articuler afin de préserver à la fois les intérêts des entreprises et ceux des victimes, en luttant contre les infractions financières et, plus généralement, contre les violations des droits humains et environnementaux résultant de la globalisation économique ?

E. Daoud : Il convient de rappeler en premier lieu les critères de protection du secret des affaires. En effet, il ne s'agit pas d'une protection générale et indéfinie, puisqu'en substance, l'article L. 151-1 du code de commerce transposant la directive européenne définit l'information protégée au titre du secret des affaires comme l'information qui n'est pas aisément accessible pour les personnes familières de ce type

d'informations en raison de leur secteur d'activité, qui revêt une valeur commerciale du fait du caractère secret, et qui fait l'objet par son détenteur de mesures de protection raisonnables pour en conserver le caractère secret.

L'objectif de ces mesures est de protéger les savoir-faire et compétences novatrices internes développées par les entreprises face aux éventuelles atteintes concurrentielles et déloyales. Il ne s'agit donc pas pour les entreprises d'éluder leur responsabilité en matière de violations de droits humains ou d'infractions économiques. À cet égard, il faut également noter que la loi de transposition prévoit une série d'exceptions qui correspondent à des faits pouvant survenir dans le cadre de ce type de manquements (divulgaration autorisée par la loi ou par une autorité administrative ou juridictionnelle, pour exercer le droit à la liberté d'expression, dans l'intérêt général, afin de révéler un comportement répréhensible, y compris lorsque l'auteur de la divulgation est un lanceur d'alerte).

La protection du secret des affaires relève donc d'un encadrement législatif et juridique bien défini, et l'entreprise pourra bénéficier de la protection prévue par les textes dans des situations bien délimitées. Cette approche n'est pas sans rappeler le principe du « *comply or explain* », bien connu en matière de mise en conformité, aux termes duquel l'entreprise peut faillir à ses obligations de transparence et de publication à condition qu'elle explique les raisons – notamment concurrentielles – justifiant un tel positionnement.

Il est donc légitime de garantir l'équilibre entre, d'une part, la protection des informations sensibles inhérentes à la vie des affaires, et, d'autre part, la prise en compte des attentes des parties prenantes en matière de transparence des acteurs économiques, de sorte que les mécanismes de protection du secret des affaires ne doivent pas être instrumentalisés en pratique.

S'agissant, dans la pratique, de l'administration de la preuve, considérez-vous que « les mesures d'instruction légalement admissibles » visées par l'article 145 du code de procédure civile (ci-après « CPC ») contrebalancent de manière satisfaisante la loi relative à la protection du secret des affaires ?

E. Daoud : L'article 145 du CPC prévoit des mesures d'instruction *in futurum*, soit avant tout procès. Les mesures peuvent être ordonnées sur requête c'est-à-dire en l'absence de débat contradictoire. Les entreprises visées peuvent donc percevoir ce type de mesures comme particulièrement intrusives, notamment lorsqu'il s'agit de produire des éléments comportant des informations sensibles. L'article L. 153-1 du code de commerce régit le cas particulier de la production d'une pièce contenant une information protégée par le secret des affaires.

Le juge peut notamment, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues. Le juge peut ainsi décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains éléments, ou en ordonner la communication sous une forme restreinte.

On assiste donc à une mise en balance des implications de l'article 145 du CPC, de sorte qu'il est possible, si la mesure demandée correspond aux critères posés par le texte, de solliciter la production de toute pièce utile avant l'instance. Cependant, les entreprises peuvent, en parallèle et de façon légitime, si elles estiment que les pièces visées relèvent du secret des affaires, demander des restrictions quant à la production des pièces visées, si un risque d'atteinte au secret des affaires est caractérisé.

Le juge, et lui seul, reste donc garant de la conciliation des deux intérêts en présence.

Les pratiques procédurales anglo-saxonnes de discovery and disclosure - qui contraignent une partie à produire, avant tout procès, tous les éléments de preuve pertinents, favorables ou défavorables, pour la solution du litige - ne constitueraient-elles pas une alternative plus efficace aux dispositions de l'article 145 du CPC, ces dernières étant inadéquates aux procédures dans lesquelles des entreprises sont en cause dès lors que ces dernières peuvent, en pratique, tenir ces règles en échec en refusant d'exécuter les mesures ordonnées ?

E. Daoud : Les pratiques procédurales anglo-saxonnes de *discovery* et *disclosure* permettent en effet aux différentes parties, et donc également à l'entreprise, de déposer une demande de communication des éléments de preuve pertinents dans le cadre du litige aux autres parties, dans l'idée de mener les débats dans la plus grande transparence possible. Ces procédures sont prévues dans la majorité des contentieux et restent encadrées par des dispositions spécifiques afin d'éviter toute demande infondée.

Ce type de disposition peut permettre l'accès à l'ensemble de la documentation interne de la société relative au litige, attestant par exemple de certaines prises de décision ou de contrôle de filiales étrangères. Ce dispositif peut sembler trop intrusif pour les entreprises, qui se voient ainsi contraintes de dévoiler un ensemble de documents, parfois sensibles, rendant compte de la conduite des affaires en interne, ce qui explique la peur et l'appréhension entourant ces procédures.

En tant que tel, l'article 145 du CPC paraît conjuguer les différents intérêts en présence, puisque les entreprises ne sont pas appelées à dévoiler l'ensemble de leur documentation, mais les ONG disposent néanmoins d'une voie contraignante leur permettant d'obtenir les pièces utiles à l'engagement de la responsabilité de la société. Par ailleurs, il faut préciser que l'article 145 du CPC ne prévoit pas de possibilité pure et simple pour l'entreprise de refuser d'exécuter la mesure ordonnée. La société peut en revanche contester la légitimité des mesures prononcées aux termes de l'ordonnance sur requête par la procédure du référé-rétractation.

Dans l'affaire Perenco, l'association Sherpa et Les Amis de la Terre avaient obtenu une ordonnance sur requête enjoignant à la société de communiquer certaines informations et de laisser un huissier de justice accéder à ses serveurs informatiques pour que ces informations puissent être collectées. Au stade de l'exécution de la mesure d'instruction, la société a refusé d'exécuter la décision et l'huissier n'a pas pu accéder à ses locaux.

La société pouvait-elle légitimement arguer du secret des affaires pour refuser l'exécution de la décision ?

E. Daoud : Comme indiqué précédemment, le refus légitime de divulgation d'une information au titre de la protection du secret des affaires doit obéir à des critères bien définis par la loi. Lorsque l'information protégée est visée par une mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du CPC, la société pourra demander l'application des dispositions particulières existant en la matière, afin de rétablir le débat, qui portera notamment sur l'équilibre entre la nécessité de produire ladite pièce, et les impératifs de protection du secret des affaires.

En pratique, existe-t-il des moyens efficaces pour contourner le refus par une multinationale, d'exécuter une décision de justice en ce sens ?

E. Daoud : En pratique, si l'entreprise refuse d'exécuter la mesure et refuse à l'huissier de remplir les missions qui lui sont attribuées aux termes de l'ordonnance sur requête prise sur le fondement de l'article 145 du CPC, l'huissier peut solliciter le concours de la force publique, s'il y est bien autorisé par la mission définie dans l'ordonnance.

La cour a débouté les associations Sherpa et Les Amis de la Terre de leurs demandes d'accès aux informations pertinentes pour leur litige et détenues par Perenco. Elle a jugé que le fond du litige serait soumis au droit congolais, lieu du dommage, et non au droit français, en retenant que le fait que les décisions ayant conduit au dommage écologique en RDC aient été prise au siège de Perenco SA en France ne suffit pas à soumettre ce litige au droit français. Elle considère que le lieu de la prise de décision ne peut être considéré comme le lieu du fait générateur du dommage. Cela revient donc à permettre aux multinationales de prendre, depuis leur centre décisionnel, des décisions qui auront des conséquences néfastes dans d'autres pays, en s'affranchissant des exigences de la loi du lieu de leur centre décisionnel, auxquelles elles sont habituellement soumises.

Par ailleurs, le régime de responsabilité civile prévu par la loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017 (n° 2017-399) se heurte à un même type d'écueil, car c'est le lieu de survenance du dommage qui est prévu comme critère d'élection de la loi applicable au régime de responsabilité, de sorte que si le dommage survient à l'étranger, la loi française ne pourrait a priori être applicable. Ce mécanisme priverait donc le régime de responsabilité civile prévu par la loi sur le devoir de vigilance de sa substance.

Cela ne revient-il pas, en pratique, à mettre les multinationales à l'abri de toute poursuite au titre des dommages écologiques que leurs activités causeraient, dès lors qu'ils surviennent en-dehors des territoires où elles ont leur siège ?

E. Daoud : Il est vrai que le principe d'applicabilité de la loi du lieu de survenance de dommage paraît difficilement compatible avec le principe de responsabilité de la

société mère pour les dommages commis par les filiales et sous-filiales étrangères. La décision Perenco fait écho à cette difficulté, d'autant plus qu'il était question d'un dommage environnemental obéissant à des dispositions en principe favorisant la réparation de ce type de préjudice. En effet, le règlement Rome II (de même que le droit international privé français) prévoit l'application de la loi du lieu de survenance du dommage en matière civile.

L'article 7 du même règlement prévoit néanmoins un aménagement en matière environnementale, puisque la loi du lieu de survenance du fait générateur est également applicable. Or, en l'espèce, il n'était pas avéré que les décisions prises au niveau de la société mère française constituaient le fait générateur du dommage survenu en République Démocratique du Congo. L'identification du fait générateur peut se révéler en effet délicate, notamment au regard de la complexité des chaînes d'approvisionnement mondiales.

Il serait donc opportun de prévoir des règles de droit international privé spécifiquement adaptées à ces difficultés, en prévoyant des règles de rattachement particulières en matière de violation de droits humains. Cette question pourrait par ailleurs être traitée au niveau de l'Union européenne. En effet, non seulement l'essentiel des règles de droit international privé sont mises en place au niveau de l'Union européenne, mais aussi, une directive européenne sur le devoir de vigilance doit être soumise au vote au cours de l'année 2021.

Malgré ces écueils, la loi sur le devoir de vigilance a tout de même enclenché un processus de responsabilisation des entreprises multinationales en leur imposant la publication d'un plan de vigilance rendant compte des risques d'atteinte aux droits humains liés à leur activité. Il en résulte, d'une part, une réelle prise de conscience des entreprises et, d'autre part, un puissant levier de négociation pour les parties prenantes. En effet, les entreprises multinationales peuvent être sommées de répondre de leurs potentiels manquements devant un juge et subir les conséquences réputationnelles de la publicité de ces atteintes et de ces procédures. ■