

AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • SEMESTRIEL • N° 4 • AUTOMNE 2011



EDITORIAL

« *La vertu est le juste milieu entre deux vices* »
Aristote, *Ethique à Nicomaque*

CHERS AMIS,

Dans son essai consacré à *L'Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, paru chez Dalloz en 2000, le Professeur Philippe Le Tourneau saisissait dans toute son essence l'objet d'étude auquel ce numéro automnal de la *Revue des Juristes* est consacré.

«L'éthique des affaires n' a jamais été autant en vogue qu'à notre époque; elle imprègne l'air du temps comme une sorte de mythique utopie», écrivait-il en ouverture de son ouvrage.

Avant de poursuivre: *«Jamais l'homme n'aura été si puissant ni si fragile. Et que dire de la morale publique, dans l'Etat et dans les entreprises, sinon qu'elle a notablement régressé? Partout, triomphent l'immoralisme, l'affairisme, les délits d'initié, des OPA et OPE 'sauvages'».*

L'actualité de la rentrée 2011, entrecoupée de scandales éblouissant aussi bien la gauche, avec les affaires DSK et Guerini, que la droite, avec les affaires Bourgi et Karachi, touchant aussi bien les grandes fortunes, avec l'affaire Bettancourt, que les grandes entreprises, avec les affaires Servier, Renault, Kerviel ou, plus récemment, Adoboli, en donne de façon permanente l'exemple.

Considérées dans leur versant judiciaire, toutes ces affaires rappellent la mission essentielle que jouent les juristes dans la défense, sinon d'une certaine vertu, au moins d'une certaine probité dans la conduite des affaires, celle qui consiste à jouer à armes égales, sans se départir des lois immuables qui assurent ordre et cohésion dans la cité. Les contributions rassemblées dans ce numéro en sont autant d'illustrations.

Notre objectif fut ainsi, dans la constitution de ce quatrième opus de la *Revue*, d'opérer un certain retour aux fondamentaux.

Aux fondamentaux de l'actualité d'abord, en revenant sur la refonte globale du droit de l'arbitrage français intervenue en mai dernier, les tenants et les aboutissants de l'affaire DSK aux Etats-Unis, ainsi qu'à la première décision rendue en France en rapport avec l'affaire Madoff.

Aux fondements des rapports entre droit et éthique des affaires ensuite, au travers de contributions de praticiens reconnus dans leur matière et de professeurs ayant pensé dans leur essence la plus profonde les relations tantôt conflictuelles, tantôt apaisées, qu'ont sans cesse entretenues le droit et la morale.

Au commencement du droit enfin, en nous intéressant à la formation des juristes de Sciences Po ayant décidé d'approfondir leur connaissance des mécanismes juridiques entourant l'entreprise, le droit des marchés et la régulation.

Finalement, le «*souci éthique*» que Denis Chemla, avocat parisien iconoclaste auquel est consacré l'entretien du numéro a si justement identifié au cours de nos échanges, s'analyse sans doute comme une «*créance de sens*».

Cette notion a en effet été pensée par Alain Supiot en ces termes dans son essai sur la fonction anthropologique du droit, *Homo Juridicus* (2005): «*tout être humain vient ainsi au monde avec une créance de sens, du sens du monde qui est déjà*

là, qui confère une signification à son existence... c'est à l'extérieur de la société humaine que doit être découverte la norme qui la fonde et qui nous assure d'y avoir une place... le sens de la vie ne gît pas dans nos organes mais procède nécessairement d'une Référence qui nous est extérieure... Faute de Référence commune, l'homme devient alors un loup pour l'homme, et se trouve en proie à ce que Vico nommait la 'maladie civile' des peuples en décomposition».

Ce numéro se veut, à son échelle, et par le croisement des perspectives des auteurs qui ont gracieusement contribué à son élaboration, un premier pas vers l'établissement de cette Référence.

BONNE LECTURE,



Dorothée Brugère



Alexandre Koenig



Julie Quais



Stefan Monaghan

Responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po

SOMMAIRE

EDITORIAL.....	2
ACTUALITÉ.....	5
La réforme du droit français de l'arbitrage : une refonte pour rendre Paris et le droit français plus compétitifs (<i>Jala El-Ahdabet Yann Schneller, Orrick Rambaud Martel</i>).....	6
Parce que les mots ont un sens (<i>Antonin Lévy, Metzner Associés</i>).....	13
Commercial Court of Paris, 9 June 2011: French Court's Jurisdiction Over Cross-Border Financial Disputes (<i>Alexandre Koenig</i>).....	16
ENTRETIEN AVEC DENIS CHEMLA.....	22
DOSSIER THÉMATIQUE : DROIT ET ÉTHIQUE DES AFFAIRES.....	32
Introduction du dossier (<i>Pierre Servan Schreiber, Skadden</i>)	33
Vers un renversement du credo positiviste ? L'éthique comme paradigme de nouvelles formes de juridicité (<i>Guillaume Tusseau, Sciences Po</i>)	35
UK Bribery Act : analyse d'une législation (<i>Nicholas Tse et Jean-François Le Gal, Gide Loyrette Nouel</i>).....	40
Les magistrats dans le privé (<i>Bruno Thouzellier, Sarrau Thomas Couderc</i>)	46
La protection du secret d'affaires (<i>Olivier Cousi, Gide Loyrette Nouel</i>)	48
Punir le délit d'initié réduit-il vraiment l'asymétrie d'information dont est victime le « petit porteur » sur le marché financier? (<i>Stéfan Monaghan-Darcel</i>).....	53
CONFÉRENCE.....	58
Charte de déontologie boursière : quelles sont les pratiques des sociétés cotées ? (<i>Julie Quais</i>)	59
ÉCOLE DE DROIT.....	67
Présentation de la nouvelle spécialité « Entreprises, Marchés, Régulations » (<i>Jean-Pascal Chazal</i>)	68

ACTUALITÉ

JALAL EL AHDAB

YANN SCHNELLER

La réforme du droit français de l'arbitrage: une refonte pour rendre Paris et le droit français toujours plus compétitifs



Jalal El Ahdab
Avocat à la Cour
Orrick Rambaud Martel



Yann Schneller
Juriste
Orrick Rambaud Martel

Introduction

Le droit français de l'arbitrage interne et international fait aujourd'hui l'objet d'une refonte globale. Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage¹ (le « Décret »), a été codifié aux articles 1442 à 1527 du Code de Procédure Civile. Il est entré en vigueur le 1er mai 2011, sous réserve de dispositions particulières².

Le régime du droit français de l'arbitrage avait été introduit par deux décrets en 1980 et 1981³. Le rapport au premier ministre accompagnant le Décret explique que grâce à ce dispositif : « le droit de l'arbitrage français s'est imposé dans le domaine international par son originalité tenant à la fois à sa souplesse et à la sécurité juridique qu'il procurait »⁴.

Après trente ans, il est apparu nécessaire de clarifier et de moderniser ce dispositif. En outre, la compétitivité accrue des places de Genève, Stockholm, de Londres et de New York, l'émergence de nouvelles places asiatiques ainsi que le débat récent sur le déplacement éventuel du siège de la CCI à Genève ont contribué à accélérer le processus de réforme.

Le garde des sceaux, Michel Mercier, précisait à cet égard que : « Paris est la première place mondiale de l'arbitrage et je souhaite qu'elle le reste : lorsque notre droit est particulièrement reconnu, il est de la responsabilité des pouvoirs publics de faire en sorte qu'il continue à rayonner »⁵.

Le Décret vise à atteindre trois objectifs : (i) consolider une jurisprudence libérale développée sur les trente dernières années ; (ii) compléter le texte pour en améliorer l'efficacité ; (iii) incorporer des solutions issues de droits étrangers qui ont démontré leur utilité. Le texte a été globalement plébiscité.

¹ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

² Les dispositions transitoires sont exposées en section 3 de cette note.

³ *Les Echos*, « Arbitrage : Paris veut conserver son leadership », vendredi 14 et samedi 15 janvier 2011, p. 5.

⁴ Décret n° 80-354 du 14 mai 1980 et décret n° 81-500 du 12 mai 1981.

⁵ Le Rapport au Premier ministre relatif au décret du 13 janvier 2011.

té⁶. La réforme rend le droit de l'arbitrage plus lisible⁷ et plus sécurisé⁸. Le Décret démontre une ouverture aux droits étrangers⁹ et consacre une philosophie universelle de la matière¹⁰.

Le droit français de l'arbitrage rénové devrait donc permettre d'atteindre le but fixé par le législateur et les praticiens français de l'arbitrage : assurer la compétitivité, l'attractivité et la pérennité de l'institution.

Cet article présentera les principaux apports (1), le contenu (2) ainsi que les dispositions transitoires de la réforme (3).

6 Benoît Le Bars, « La réforme du droit de l'arbitrage – Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP E*, n° 4, 24 janvier 2011, 67 ; Elie Kleiman et Julie Spinelli, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gazette du Palais*, 27 janvier 2011, n° 27, p. 9 ; Laurence Garnerie, « Arbitrage international : une réforme à la gloire de Paris », *LJA*, 14 février 2011, n° 1009 ; Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, « Un second souffle pour l'arbitrage », *JCP G*, n° 11-12, 14 mars 2011, p. 545.

7 Elie Kleiman et Julie Spinelli, *ibid.*

8 Pierre Mayer et Xavier Nyssen, « Nouvelles améliorations pour l'arbitrage des litiges des entreprises », *La Tribune*, 1er février 2011, p. 22.

9 Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, n° 3, 20 janvier 2011, p. 175 ; Xavier Delpach, « Publication du décret portant réforme de l'arbitrage », *Actualité Dalloz*, 17 janvier 2011.

10 Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse, *Ibid.* ; Benjamin L'Hoir, *Option Droit des Affaires*, n° 60, Mercredi 19 janvier 2011, p. 5.

I. LES PRINCIPAUX APPORTS DE LA RÉFORME

- En matière d'arbitrage interne, la sentence arbitrale n'est plus susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties. Désormais, comme en matière internationale, la voie de recours de principe est l'annulation.
- En matière d'arbitrage interne, la réforme consacre les principes de confidentialité, de célérité et de loyauté de la procédure arbitrale. Seuls les deux derniers principes sont consacrés en matière internationale.
- En matière d'arbitrage international et pour les sentences rendues en France, les parties peuvent désormais renoncer conventionnellement au recours en annulation.
- En matière d'arbitrage interne et international, l'appel et le recours en annulation sont désormais irrecevables passé le délai d'un mois suivant la notification de la sentence et non plus de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.
- En matière d'arbitrage international et à défaut de majorité exprimée, le président du tribunal arbitral peut désormais trancher seul le litige.
- Enfin, dans le cadre de l'arbitrage international, l'appel de l'ordonnance accordant l'exequatur et le recours en annulation n'ont plus d'effet suspensif.

II. LE CONTENU DE LA REFORME

Contrairement par exemple au droit allemand qui a fusionné les deux régimes, le Décret conserve la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Elle demeure donc une *summa divisio* qui servira de fondement à la présentation du contenu du nouveau droit.

A. L'arbitrage interne

Concernant la convention d'arbitrage, le Décret clarifie et assouplit le régime applicable. La clause compromissoire et le compromis d'arbitrage font désormais l'objet d'une même définition (art. 1442). La convention d'arbitrage peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale¹¹ (art. 1443). Elle peut également s'appliquer dans les groupes de contrats lorsque ces contrats ont un caractère de complémentarité¹² ou que les parties ont accepté d'exécuter l'accord comprenant la clause compromissoire¹³ (art. 1442 al.2).

11 Cass. Civ. 1ère, 9 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 313 ; Civ. 2e, 21 janv. 1999, Bull. civ. II, n° 16 ; Civ. 1, 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 502.

12 Cass. com., 5 mars 1991, Rev. arb. 1992, n° 1, p. 66, note L. Aynés.

13 Cass. 1ère civ., 25 juin 1991, Rev. arb. 1991, p. 453, note P. Mayer.

En outre, afin d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage et dans le prolongement de la jurisprudence actuelle, le dispositif nouveau ne sanctionne plus les clauses « blanches »¹⁴ (art. 1444). La réforme confirme également le principe selon lequel la clause compromissoire n'est pas affectée par l'inefficacité du contrat qui la contient (art. 1447), et consacre l'effet négatif du principe de « compétence-compétence »¹⁵ (art. 1448).

En ce qui concerne le tribunal arbitral, la réforme réaffirme la jurisprudence qui pose l'obligation pour l'arbitre de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité¹⁶ (art. 1456 al.2).

Quant à l'instance arbitrale, la réforme consacre les principes de confidentialité, de célérité et de loyauté de la procédure arbitrale (art. 1464 al.3 et 4). Elle consacre également l'effet positif du principe de « compétence-compétence »¹⁷ (art. 1465) et la

14 Clauses qui ne désignent pas le ou les arbitres, ou qui ne permettent pas de déterminer les modalités de leur désignation.

15 Principe selon lequel, les juridictions étatiques ne peuvent connaître du litige relevant de la convention d'arbitrage, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

16 Cass 1ère Civ., 20 oct. 2010, 2 arrêts, D. 2010. Actu. 2589.

17 Principe selon lequel il appartient au tribunal arbitral de trancher l'objection qui porte sur sa propre investiture.

notion d'estoppel¹⁸ (art. 1466).

Autre innovation importante, le décès, l'empêchement, l'abstention, la démission, la récusation ou la révocation d'un arbitre, ne constituent plus, sauf stipulation contraire, des causes d'extinction de l'instance : désormais, l'instance est suspendue jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre remplaçant (art. 1473).

La réforme confirme et consolide le rôle du juge étatique en tant que « juge d'appui » pour aider au bon déroulement de l'arbitrage¹⁹. Le président du TGI est le juge d'appui de droit commun (art. 1459). Il est compétent, à défaut d'entité chargée d'organiser l'arbitrage, pour statuer sur les différends relatifs à la constitution et à la composition du tribunal arbitral (art. 1451 à 1454), à la récusation, à l'abstention, à l'empêchement ou à la démission de l'arbitre (art. 1457 et 1458), ainsi qu'à la prorogation du délai de l'arbitrage (art. 1463 al.2).

En matière de mesures provisoires et

18 C'est-à-dire l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (par ex. en invoquant une irrégularité très tardivement dans l'arbitrage) ; v. par ex. : Cass. Civ. 1ère, 6 juill. 2005, Golshani c/ Gouv. Rép. Islamique d'Iran, Bull. Civ. I, n° 301 ; 6 mai 2009, Sté Income, Bull. Civ. I, n° 86 ; 3 févr. 2010, JCP G 2010. Actu 178.

19 V. notamment, Cyril Nourrissat, Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage), *Procédures* n° 3, Mars 2011, étude 3.

conservatoires, la réforme clarifie la répartition des compétences entre le juge étatique et le tribunal arbitral, et renforce l'autorité de ce dernier. Avant constitution du tribunal arbitral, le juge étatique peut ordonner des mesures d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'art. 145²⁰ et, en cas d'urgence, ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire²¹ (art. 1449). Après la constitution du tribunal arbitral, ce dernier peut enjoindre une partie de produire un élément de preuve (art. 1467 al. 3), et ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires²² (art. 1468). Le juge d'appui ordonne les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires ainsi que la production de pièces ou de conventions détenues par un tiers (art. 1469).

Pour ce qui est de la sentence arbitrale, les parties peuvent désormais déroger conventionnellement au principe selon lequel la notification de la sentence est faite par voie de signification²³ (art. 1484, al. 3).

20 Cass. Civ. 2ème, 11 oct. 1995, RTD com. 1996, p. 664, obs. E. Loquin.

21 Cass. Civ. 2ème, 2 avr. 1997, Rev. arb. 1998, p. 673, note L. Degos.

22 CA Paris, 7 oct. 2004, JCP G 2005. II. 10071, note J.-M. Jacquet.

23 La notification pourra être faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique. Les praticiens devront être particulièrement vigilants puisque la notification déclenchera le délai d'un mois de recours en annulation contre la sentence (article 1494).

Par ailleurs, la réforme réduit le délai de formulation de demandes en interprétation de la sentence, en rectification d'erreur matérielle et en omission de statuer (art. 1485). Les parties ont trois mois à compter de la notification de la sentence pour former leur demande devant le tribunal arbitral et, sauf convention contraire, ce dernier dispose de trois mois pour statuer (art. 1486).

En matière d'*exequatur*, la réforme consacre la jurisprudence selon laquelle la procédure d'*exequatur* n'est pas contradictoire²⁴ (art. 1487 al.2), et limite le refus d'*exequatur* aux sentences manifestement contraire à l'ordre public (art. 1488). Par ailleurs, l'*exequatur* pourra désormais, comme en matière d'arbitrage international, être apposée sur une copie de la sentence présentant les conditions nécessaires à son authenticité²⁵ (art. 1487 al.3).

Concernant les voies de recours contre la sentence arbitrale, cette dernière n'est plus susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties (art. 1489). Le recours en annulation devient donc la voie de recours de droit commun et l'appel, l'exception. Par ailleurs, les recours en appel et en annulation sont désormais irrecevables, passé un délai d'un

24 Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 2003, Fédération de Russie c/ Noga, Rev. arb. 2005, p. 693, note H. Muir Watt.

25 Cette disposition permet de faciliter l'obtention de l'*exequatur* et d'éviter aux greffes de conserver les originaux des sentences, ce qui pouvait nuire à la circulation de la sentence et représentait une charge financière importante pour l'Etat en cas de perte de l'original.

mois suivant la notification de la sentence (art. 1494 al.2). Enfin, le recours en révision est désormais porté devant le tribunal arbitral, sauf lorsque le tribunal arbitral ne pourra plus être reconstitué (art. 1502).

B. L'arbitrage international

Il convient d'abord de noter qu'un certain nombre de dispositions applicables à l'arbitrage interne s'appliquent également à l'arbitrage international²⁶. Il ne sera donc ici exposé que les principales innovations relatives à la matière internationale²⁷.

Dans l'esprit libéral de la réforme, aucune condition de forme n'est plus exigée pour la convention arbitrale (art.1507).

En ce qui concerne l'instance arbitrale, outre le renvoi à l'arbitrage interne, les parties sont libres d'organiser la procédure, sous réserve de deux conditions imposées au tribunal arbitral: « garantir l'égalité des parties et le principe de la contradiction »²⁸ (art. 1510). Le Décret consacre par ailleurs

26 En effet, sous réserve des dispositions relatives à l'arbitrage international, les articles 1446, 1447, 1448 (al. 1 et 2), 1449, 1452 à 1458, 1460, 1462, 1463 (al.2), 1464 (al.3), 1465 à 1470, 1472, 1479, 1481, 1482, 1484 (al. 1et 2), 1485 (al. 1 et 2), 1486, 1502 (al. 1 et 2) et 1503 applicables à l'arbitrage interne s'appliquent également à l'arbitrage international.

27 L'arbitrage international reste défini comme celui « qui met en cause les intérêts du commerce international » (art. 1504).

28 Cette disposition vient contrebalancer la possibilité pour les parties de choisir les règles de fond et de procédure applicables à leur différend (articles 1508, 1509 et 1511) en les soumettant au respect des principes procéduraux fondamentaux.

la compétence de principe du président du TGI de Paris en tant que « juge d'appui » (art. 1505). Ce dernier est compétent pour deux cas supplémentaires: (i) il peut-être saisi lorsque les parties ont donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale, et (ii) lorsque l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice²⁹ (art. 1505 al. 3 et 4). Sauf convention contraire, le juge d'appui intervient dans les mêmes cas que ceux énumérés en matière d'arbitrage interne (art. 1506). Enfin, à défaut de majorité exprimée, le président du tribunal arbitral peut désormais trancher seul le litige (art. 1513 al.3).

En matière de reconnaissance de la sentence, le Président du TGI de Paris est compétent pour connaître des demandes d'*exequatur* des sentences rendues à l'étranger³⁰ (art. 1516 al. 1). Lorsque la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale sont rédigées en langue étrangère, la partie qui recherche la reconnaissance et/ou l'*exequatur* en France n'est plus obligée de les faire traduire par un traducteur professionnel (art. 1515 al. 2).

Quant aux voies de recours et pour les sentences arbitrales internationales rendues en France, les parties peuvent renoncer conventionnellement au recours en annu-

29 Cass. Civ. 1ère, 1er février 2005, Ministre des finances de l'Etat d'Israël c/ Société NIOC, Bull. civ. I, n° 53.

30 CA Paris, 10 juill. 1992, Rev. arb. 1994, p. 142, note P. Level.

lation (art. 1522), ce qui constitue une véritable innovation³¹.

Par ailleurs, l'appel de l'ordonnance accordant *exequatur* et le recours en annulation n'ont plus d'effet suspensif (art. 1526) et ces recours sont irrecevables passé un délai d'un mois suivant la notification de la sentence (art. 1519 al.2). En outre, le Décret institue le recours en révision pour toutes les sentences arbitrales internationales (art. 1506).

III. LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Les dispositions du Décret sont applicables aux conventions d'arbitrage conclues après le 1er mai 2011, sous réserve des exceptions suivantes :

- Certaines dispositions relatives à la convention d'arbitrage, à la sentence arbitrale ainsi qu'à la compétence du juge d'appui en matière d'arbitrage international ne sont applicables que lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après le 1er mai 2011. Il s'agit notamment de l'impossibilité de faire appel de la sentence arbitrale en matière interne (article 1489).

- En outre, certaines dispositions relatives au tribunal arbitral, à la sentence arbitrale, au recours en révision, à l'instance

31 Inspirée des droits suisse et belge.

arbitrale, à la sentence arbitrale ainsi qu'aux voies de recours contre les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international ne sont applicables que lorsque le tribunal arbitral a été constitué après le 1er mai 2011. Il s'agit en particulier de la possibilité pour les parties de renoncer expressément au recours en annulation en matière d'arbitrage international (article 1522).

- Enfin, les dispositions relatives, en matière d'arbitrage international, à l'absence d'effet suspensif du recours en annulation et de l'appel de la sentence de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont applicables que lorsque la sentence arbitrale a été rendue après le 1er mai 2011 (article 1526).

En dehors de ces exceptions, les dispositions du Décret s'appliquent depuis le 1er mai 2011.

Les dispositions transitoires permettent une entrée en vigueur progressive des dispositions les plus novatrices du Décret. Par exemple, les recours en annulation contre les sentences internationales introduits avant le 1er mai 2011 et toujours pendants à cette date ne seront pas affectés par les dispositions relatives à l'absence d'effet suspensif du recours en annulation. Ils conserveront leur effet suspensif. A l'inverse, les recours en annulation introduits à l'encontre d'une sentence internationale après le 1er mai 2011 n'auront plus d'effet suspensif. ■

ANTONIN LÉVY

Parce que les mots ont un sens



Antonin Lévy
Avocat inscrit aux
Barreaux de Paris et de New York
Associé au cabinet Metzner Associés



15 mai 2011, la France se réveille et découvre, hébétée, les images d'un possible sinon probable, candidat à l'élection présidentielle, mains dans le dos, menotté, enceint de colosses issus d'un autre monde, l'œil hagard, le visage fermé et grave, tentant, sous les flashes avides de charognards, de conserver les miettes de sa dignité. Bafouée. Piétinée.

En quelques pas, peut-être dix, à peine vingt, ce même homme – dont on décidera d'ignorer ici les rapides qualificatifs de certains – était condamné avant même d'avoir été jugé.

Très vite, les termes ont manqué à une information que chacun veut instantanée. Faut-il parler de « victime » ? Est-elle une « victime présumée » ? Faut-il penser, comme le suggère l'ancien Garde des Sceaux, Robert Badinter, que le simple fait de la qualifier de victime revient à condamner celui qu'elle accuse ?

Tant d'interrogations qui ont réveillé, à l'évidence, un débat longtemps endormi. Nul doute, la présomption d'innocence n'a, depuis longtemps, pas autant fait parler d'elle en France.

Pourtant, les mots ont un sens.

Pourtant, chaque mot prend ici plus qu'ailleurs tout son sens, un sens sinon perdu, du moins oublié.

En droit français comme en droit américain, la présomption d'innocence signifie, littéralement, que toute personne est innocente par présomption jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive ait été prononcée à son encontre. Elle ne supporte, par principe, aucun tempérament, fût-il un aveu. Et ce n'est pas rien. Cette présomption n'est pas qu'un concept juridique obscur. Pas plus qu'une coquille vide supplémentaire utile à alimenter de vains débats de juristes essoufflés par de nombreuses notions juridiques sans contour.

Ce n'est pas rien car de cette présomption découle la protection contre l'arbitraire et la nécessité pour l'accusation de démontrer la culpabilité de l'accusé.

*

Depuis l'abandon par le Procureur de l'Etat de New York de la totalité des charges, un constat s'impose : l'affaire du Sofitel se résume pour beaucoup à un choix de mots. Si

pour certains, Dominique Strauss-Kahn revient de New York « *blanchi* » ou « *lavé* » de tous soupçons, il reste selon d'autres « *sali* » ou « *taché* ».

Encore une fois, pour le juriste, les faits sont infiniment têtus : que ce soit au regard du droit français ou du droit américain, toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable.

Inutile de se demander si une décision de classement du Procureur lave plus blanc que blanc ou si un abandon des charges pour faute de preuve vaut plus qu'un abandon des charges pour déclaration d'innocence.

Inutile de supporter les commentateurs broder sur toutes les chaînes d'information en continu sur le sens à donner à l'abandon des poursuites par le bureau de Cyrus Vance, ce même Procureur.

Inutile car de cette présomption d'innocence, il n'y a de place ni à la demi-mesure juridique ni au non-lieu au rabais.

Que les actes de Dominique Strauss-Kahn puissent être analysés au regard de la morale, c'est le droit le plus strict de chacun. A la dif-

férence de la loi, la morale n'est pas la même pour tous.

Que chacun puisse avoir son intime conviction sur ce dossier, admettons-le. Gardons cependant à l'esprit qu'une intime conviction ne peut être éclairée qu'en possession de la totalité d'un dossier qui ne pouvait se résumer à quelques fuites de rapports bien choisies dans la presse.

Cependant, au regard de la loi, Dominique Strauss-Kahn a été, est et restera innocent des faits qui se sont déroulés le 14 mai 2011 à New York. Pour le juriste, son innocence reste et demeure incontestable.

*

Mais que l'on se rassure, si la présomption d'innocence a été sévèrement écornée en France pour Dominique Strauss-Kahn, ce dernier n'a pas bénéficié d'un régime de faveur dû à sa personne !

France Soir, 17 septembre 2011 : « *Le meurtrier présumé [...] remis en liberté* ». Le Parisien, 24 août 2011 : « *Le violeur présumé* ». France 3.fr, 25 août 2011 : « *L'auteur présumé aurait reconnu les faits* ». Le Figaro, 15 sep-

tembre 2011 : « *Le tireur présumé de ce règlement de comptes* ». Le Point.fr, 6 septembre 2011 : « *L'épouse de l'assassin présumé* ». Le Monde, 14 septembre 2011 : « *Sept pirates présumés transférés à Paris* ».

Radio et télévision ne sont heureusement pas en reste. Pas un journal télévisé ne se prive d'offrir une nouvelle illustration de ce qu'est devenue la présomption d'innocence à la française : une différence radicale entre le signifiant et le signifié.

Chacun des auteurs de ces articles, tristes caricatures d'un principe malmené, avait-il l'intention de tordre le cou de cette sacro-sainte présomption d'innocence ?

Certainement pas ! Bien au contraire. Et c'est d'ailleurs, pensaient-ils, la préserver, pire la renforcer, que d'accoler à chaque qualificatif l'exonération absolue de la « présomption ». Or, qu'est-ce qu'un « meurtrier présumé » ou un « violeur présumé », sinon une personne dont on présume, avant tout procès et donc avant

toute condamnation, qu'elle a commis un acte criminel ?

Admirons alors avec quelle facilité un glissement sémantique s'est opéré. Comment, dans le langage courant, les précautions oratoires pour un respect de la présomption d'innocence sont venues au contraire crucifier la notion même qu'elles devaient protéger.

Ces quelques exemples démontrent, s'il le fallait, combien la présomption d'innocence doit être défendue et renforcée. Car si les mots ont un sens, force est de constater qu'existe aujourd'hui une présomption de culpabilité.



ALEXANDRE KOENIG

French Courts' Jurisdiction Over Cross-Border Financial Disputes



Etudiant du M2 Droit privé général de l'Université Paris II Panthéon-Assas (2011-2012)
Diplômé du Master Droit économique,
Mention Droit et Globalisation économique de Sciences Po Paris et de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (2011)

Commercial Court of Paris, 6th Chamber, No. RG 2010024513, Case date: 9 June 2011

I. MAIN FINDINGS

A national investor compensation claim with a multijurisdictional dimension

On 9 June 2011, the Commercial Court of Paris rendered a decision that has been widely reported in the media on the admissibility of the action lodged by 78 French investors against UBS for its alleged involvement in Bernard Madoff's giant Ponzi scheme.

The French victims of the fraudster filed an action in France against UBS as sponsor, depositary, manager and distributor of a Luxembourg-registered fund, «Luxalpha», that allegedly transferred assets directly to Madoff and its fund, BMIS.

The injured investors –who eventually lost most of their investment– sought the liability of four UBS entities located in Luxembourg and Switzerland, alleging that the defendants broadcasted in France incorrect information on the Luxalpha fund.

More specifically, they ended claiming that their damage consisted in the «loss of a chance» (*«perte d'une chance»*) of not investing or disinvesting in the fund due to the broadcasting of wrong information.

Although the decision remains subject to appeal, the arguments advanced by both parties and the reasoning of the Court may be of interest with regard to the conduct of complex financial litigation in France.

A jurisdictional issue over the application of Article 5-3 of Brussels I / Lugano Convention

UBS having raised a preliminary jurisdictional objection, the main issue before the Commercial Court was whether French judges had jurisdiction over such a transnational case.

According to UBS, it was clear that the Commercial Court of Paris had no jurisdiction since neither the domicile of the defendant (Art. 2, Brussels I Regulation / Lugano Convention) nor the place where the harmful event occurred (Art. 5-3, Brussels I Regulation / Lugano Convention) were located in France ¹.

The main discussion relied on the characterization of «the place where the harmful event occurred» within the meaning of Article 5-3.

Indeed, the European Court of Justice (ECJ) has consistently identified two situations in which a Court may declare itself competent to judge over a matter pursuant to Article 5-3². That is, either if the place of the harmful event giving rise to the damage or if the place where the damage occurred (i.e. where the causal event produced its harmful effects) is located within its jurisdiction.

Place of the harmful event giving rise to the damage

As far as the place of the harmful event giving rise to the damage is concerned, the Commercial Court of Paris first followed UBS's argumentation.

The Court stated that no evidence had been adduced that UBS intervened directly in the process of registering and/or distributing the fund in France and thereby concluded that the Luxalpha fund shall be deemed responsible itself for the content of the documentation it broadcasted in France.

Moreover it has not been established that Luxembourg law (which governs the acts undertaken by the Luxalpha fund) would consider that not mentioning the Luxalpha fund's exposure to Madoff's fund was a legally wrongful act.

Nonetheless, the Court reserved its position on this specific substantive issue, referring then to the pending action against UBS already introduced in Luxembourg by both the liquidators of the Luxalpha fund and the trustee liquidating Madoff's companies.

Recalling the terms of their respective writs of summons –which set out an alleged confusion of functions between UBS and Luxalpha–, the Commercial Court of Paris clearly established a link between the action pending in Luxembourg and the French case it was presently asked to decide upon:

«should the Luxembourg District Court find the [...] liquidators' allegations proved, that might result in at least the partial liability of the defendants as to the broadcasting in France of the allegedly incorrect documentation».

In other terms, the Commercial Court concluded that the alleged facts invoked by the claimants, which occurred in France, were thereby «*susceptible of being attributable to [UBS] and of having given rise to the damage [the investors are] asking compensation for*».

Place where the damage occurred

As far as the place where the damage occurred is concerned –that is, the place where the damage caused by the allegedly flawed documentation actually manifested itself– the Court took note that the investors changed of legal strategy during the course of the proceedings.

Indeed, while the claimants initially sought compensation for the entire loss of their investments, they subsequently limited their claim to the «loss of a chance» of not investing or disinvesting in the fund .

Hence, given the fact that such damage was actually direct, personal and distinct from their loss in the Luxalpha Luxembourg fund³, as well as entirely located in France – the country where the bank accounts of the investors were domiciled–, the Court held that «*it must be considered therein that the place where the damage occurred is actually located in France*».

Consequently, the Commercial Court stated that the jurisdictional objection raised *in limine litis* by UBS was admissible but ill-founded, and declared itself competent to decide on the action introduced by the claimants on the basis of the alleged «loss of a chance».

Holding

The Paris Commercial Court therefore decided to stay the proceedings, at two levels: on the jurisdictional stage first, until the Luxembourg District Court decides on its jurisdiction over the matter; on the substantive stage then, if appropriate, until the Court judges on the merits of the case it was asked to decide upon.

II. COMMENT

First, it is noteworthy that the Court implicitly made its decision on jurisdiction dependent on the substantive issue of the action on the merits of the case currently pending in Luxembourg. By staying the proceedings until the Luxembourg District Court decides on the merits, the Paris Commercial Court

evidenced the close links between jurisdiction and applicable law within the framework of the Brussels I Regulation.

Indeed, and especially in complex financial torts, the determination of the harmful event giving rise to damage often turns to be a substantive law issue in itself, that may only be resolved with reference to the applicable law.

However, as soon as the latter is the law of a foreign country, the judge may find it very difficult to decide on its jurisdiction. This is certainly the reason why in the present case, after having noticed that *«it is not established that, pursuant to the Luxembourg law governing the Luxalpha fund (law which does not give the same content to the notion of custody service than under French law)»*, the Court finally decided to stay the proceedings.

More than a simple matter of comity, such deference to the Luxembourg Court was also a convenient way for the French judge to be informed of the content of the foreign law applicable to the merits of the case ⁴.

Second, the legal consequences of the claimants' change of strategy should also be underlined.

When they initially sought compensation for the entire loss of their investments, the investors faced an insurmountable defence: the European Court of Justice had judged authoritatively in the *Dumez* case that the concept of «place where the damage occurred» can be *«understood only as indicating the place where the event giving rise to the damage [...] directly produced its harmful effects upon the person who is the immediate victim of that event»* (Case C-220/88, 11 January 1990, ECR 1999, p. I-00049, §§20).

In other terms, the loss incurred by the French investors being the indirect consequence of the (direct) damage suffered by the Luxalpha fund, they could file an action for compensation of this damage (i.e. the loss of their entire investment) before the Luxembourg judge only.

That is why the investors eventually modified the legal basis of their claim, seeking then compensation for the «loss of a chance» of not investing or disinvesting in the fund⁶.

This strategic change had two significant consequences.

Firstly, it allowed the claimants to bar the *Dumez* case law, by delocalizing the place

where the damage occurred. Indeed, while the event giving rise to the entire loss of their investments actually occurred in Luxembourg, the event that allegedly gave rise to their «loss of a chance» of not investing or disinvesting actually occurred in France.

The modification of the legal basis thereby entailed a delocalization of the prejudice and paved the way for the Commercial Court of Paris to retain jurisdiction over the claim.

Secondly, this new strategic choice as to the legal basis of the claim entailed a subsequent modification of the object and the cause of action of the French proceedings, thereby preventing the action from being barred by *lis pendens*.

However, given the fact that the current liquidation proceedings in Luxembourg may result in a significant reduction of the loss suffered by the French investors, the Commercial Court of Paris considered that the French and Luxembourg actions were so closely related that it should stay the proceedings until its Luxembourg counterpart has rendered a decision. ■

Notes

1. Among the four UBS entities sued by the investors, two were domiciled in Switzerland and two were domiciled in Luxembourg. Accordingly, the rules of jurisdiction are to be looked for in the (identical) provisions of Articles 2 and 5-3 of the Lugano Convention of 16 September 1988 and of the “Brussels I” Regulation.
2. ECJ, 30 Nov. 1976, *Mines de Potasses d’Alsace*, case 21/76, Rev. crit. DIP, 1977. 568, note P. Bourel ; ECJ, 19 Sept. 1995, *Antonio Marinari*, case C-364/93, JDI, 1996. 562, obs. J.-M. Bischoff ; JDI, 1990. 497, obs. A. Huet ; ECJ, 10 juin 2004, *Kronhofer*, case C-168/02, Rev. crit. DIP, 2005, note H. Muir Watt.
3. On the reasons and implications of this change of strategy, see our comment below, note 6.
4. Contrary to the common law tradition, where the obligation to provide the content of foreign law essentially lies on the parties, French case law has progressively transferred that burden on the judge. See Civ. 1re, 28 juin 2005, D. 2005. Jur. 2853, note Bouche, and D. 2006. Pan. 1495, obs. Courbe ; Com. 28 juin 2005, D. 2005. Pan. 2755, obs. Kenfack; Rev. crit. DIP 2005. 645, note Ancel et Muir Watt; Civ. 1re, 23 janv. 2007, D. 2007. AJ. 512 ; Civ. 1re, 11 fév. 2009, D. 2009. AJ. 565.
5. CJCE, 11 janv. 1990, *Soc. Dumez*, aff. C-220/88, Rev. crit. DIP, 1990. 368, note H. Gaudemet-Tallon.
6. According to recent French case law, the damage resulting from the acquisition or conservation of securities based on the basis of wrong information must be analyzed as the «loss of a chance» of not investing or disinvesting: TGI Paris, 11e ch. 1, 12 Sept. 2006, *SIDEL*, Rev.soc., 2007. 102, note J.-J. Daigre; CA Paris, 9e ch., sect. B, 31 Oct. 2008, *SIDEL*, n° RG 06/09036, RLDA, 2009. 10, note A. Dethomas; Rev.soc., 2009. 121, note J.-J. Daigre; Cass. Com. 9 mars 2010, n°08-21.547, RTD Com., 2010. 407, note N. Rontchevsky; RTD Com., 2010 obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; D. 2010. AJ 761, obs. A. Lienhard; Rev. sociétés 2010. 230, note H. Le Nabasque.

ENTRETIEN

DENIS CHEMLA

Vous savez, ça s'est toujours un peu passé comme ça dans ma vie, j'étais le « mec qui parle anglais »



Ayant récemment pris la tête du pôle contentieux du bureau parisien du cabinet d'avocats Allen & Overy où son arrivée en tant qu'associé a été annoncée en juin 2011, Denis Chemla est également co-fondateur de l'association Droit d'Urgence dont l'objectif est de permettre aux individus en situation d'exclusion d'avoir accès à des conseils juridiques. Avocat complet, inscrit aux Barreaux de Paris et de New York, et exerçant son métier sous toutes ses facettes, Denis Chemla a également participé à diverses missions du Conseil de l'Europe, dont l'une au Kosovo. Pour ce numéro, Denis Chemla nous livre ici ses réflexions sur la résurgence du souci éthique dans la vie des affaires.

La Revue des Juristes de Sciences Po : Bonjour Maître, pouvez-vous pour commencer nous raconter vos origines? D'où venez-vous?

Denis Chemla: Je viens de la ville d'Epinaux-sur-Seine, en banlieue parisienne. Mon père était inspecteur des impôts et ma mère, institutrice, un milieu de fonctionnaires donc, très « III^{ème} République », le genre de milieu où l'on vous demande très tôt « qu'est-ce que tu veux faire quand tu seras grand ? ». Un jour, mon oncle greffier m'avait emmené au Tribunal. Depuis ce jour, j'avais toujours répondu que je voulais devenir avocat, ça m'est resté.

Ma mère m'a fait faire des études à Assas, contre ma volonté absolue d'ailleurs. La faculté a été un choc pour moi : c'était la première fois que je voyais des gens de droite ! Des jeunes gens en cravate ! Autour de moi on était surtout socialiste et j'avais même des amis communistes. Et puis Assas dans les années 1980, c'était les belles années du GUD...

Mais ça m'a plu alors je me suis accroché.

Parce qu'à la fac, si vous êtes en retrait, personne ne fait rien pour vous rattraper, il n'y a aucun effort de rétention des étudiants, alors il faut aimer ça.

Quels ont été vos débuts d'avocat?

J'ai commencé dans un petit cabinet à 22 ans, j'y ai tout appris, je faisais du contentieux. Puis l'envie m'a pris d'aller vivre à New York, alors j'ai candidaté à des LLM et je me suis retrouvé à NYU. Après avoir passé le barreau de New York, j'ai travaillé au cabinet Shearman & Sterling, j'adorais vivre à New York, mais la pratique du droit y était dure, surtout en ces temps de récession. Le cabinet était comme une usine et le bien être des collaborateurs n'était pas vraiment une priorité.

Pourriez-vous nous parler de votre engagement au Conseil de l'Europe?

A l'époque, je faisais du contentieux des affaires dans un grand cabinet parisien, très classe, très Gucci. Et puis, le Conseil de l'Europe a organisé une conférence sur la

réforme du droit en Russie, c'était l'époque de l'ex-URSS et de la reconstruction des pays d'Europe de l'est.

Les organisateurs cherchaient quelqu'un qui parlait anglais. Vous savez, ça s'est toujours un peu passé comme ça dans ma vie, j'étais le « mec qui parle anglais », donc je suis allé donner cette conférence et je suis devenu «avocat expert» au Conseil de l'Europe. On m'a successivement envoyé en Géorgie, en Arménie, en Ukraine pour de courtes missions sur la réforme du droit, l'accès à l'aide juridictionnelle, la conformité à la CEDH *etc.*

Et ainsi vous vous êtes retrouvé au Kosovo ?

Oui, en 1998, je venais de devenir associé du cabinet Herbert Smith et Kouchner est arrivé au Kosovo. Il y a vu un véritable besoin de droit, une indispensable réforme : la population rejetait le droit yougoslave, oppresseur. Alors, on a fait appel à des juristes occidentaux et donc à moi. J'ai pris une année sabbatique et suis parti un an au Kosovo. Là bas, j'ai participé à la réforme de la procédure pénale, du droit des affaires, de la justice... Le Kosovo, vous savez, était, et est encore, le laboratoire juridico-judiciaire de l'Europe. On a tout fait pour que les standards

internationaux, le contradictoire, l'impartialité, y soient respectés.

Quelles actions concrètes y avez-vous mené ?

Prenez l'exemple de l'assurance automobile. Quand je suis arrivé, aucune voiture n'était assurée. Mais impossible d'installer une assurance obligatoire : aucune voiture n'était immatriculée non plus. Et à raison : dans un pays où tout le monde se déteste, un numéro qui dit d'où l'on vient est un trop gros risque ! Il a donc fallu organiser tout ça, rédiger des lois, les faire voter, négocier des contrats... c'était une excellente expérience de négociations, parce que vous savez, quand on n'a rien on est dans la meilleure position possible de négociation, car finalement, on ne peut pas vraiment nous prendre quoique ce soit. En 2000, je suis rentré, c'est à ce moment là que j'ai pris la présidence de Droit d'Urgence.

Quelle est cette association ? Comment vous est-il venu l'idée de la créer ?

Jean-Luc Bedos a créé Droits d'Urgence en 1995 avec un petit groupe de juristes dont je faisais partie. Nous avons tous les deux été très marqués par la pratique du *pro bono* aux Etats-Unis. Là bas, j'avais représenté gratuitement un soudanais contrô-

leur aérien qui réclamait l'asile politique et cela m'a beaucoup marqué. Tout était encouragé et sponsorisé par mon cabinet. Et en France, j'ai compris qu'il y avait un vrai besoin de droit, de lutte contre l'exclusion. Quand Bedos m'a approché avec son idée ça m'a immédiatement séduit alors nous avons créé cette association. Nous voulions que les professions juridiques entrent dans la lutte contre l'exclusion car étonnement, elles n'y étaient pas encore représentées formellement : chacun faisait ses bonnes actions de son côté mais il n'y avait aucune association de juristes formalisée.

Jean Luc avait une vision assez politisée, organisée de l'association, très «macro». Moi, je voulais juste mon talent au service des autres, répondre à un besoin non détecté, non couvert, ma vision est plus «micro».

Comment s'est passé la mise en place de l'association ? Avez-vous rencontré des obstacles ?

Ca a commencé par des permanences tenues par des copains avocats, dans des associations comme Médecins du monde. Puis le réseau s'est élargi, les partenariats se sont multipliés avec les collectivités publiques, le Barreau de Paris... Aujourd'hui nous avons sept permanences à Paris, au Secours Popu-

laire, chez Emmaüs, à la Mie de Pain... En fait nous voulions créer un outil, un instrument qui nous permettrait de soutenir des initiatives, mais aussi de faire du lobbying, de soutenir nos idées. Nous avons eu beaucoup de chance et très vite, avons rencontré le succès. Nous avons toujours eu le soutien du barreau de Paris, les batonniers se sont toujours montrés très ouverts, très humanistes et éclairés. Il y a eu des difficultés de perception de la part d'une partie de la profession, qui a cru qu'on leur volait leur boulot, mais c'est faux. Nous nous adressons à une population dénuée de toute ressources qui, sans nous, ne ce serait jamais adressés à un juriste.

Pourtant il existe une aide juridictionnelle et même des permanences juridiques organisées.

Oui mais l'aide institutionnelle ne permet pas du tout de répondre à l'ampleur des besoins. De plus, les étrangers en situation irrégulière, c'est-à-dire, une partie importante des gens qui viennent nous voir, n'y ont pas droit. Quant aux permanences, il en existait en effet avant la création de Droit d'Urgence, mais elles sont très institutionnalisées, se trouvent dans des lieux officiels, comme le Tribunal, ça impressionne les gens, les effraie. Même les permanences

organisées par le Barreau de Paris ne permettaient pas de donner accès au droit à tous ces gens. Il y avait un fossé entre le monde de la rue et de l'exclusion et ces mécanismes. L'idée était de faire venir l'offre de droit vers les gens plutôt que d'attendre qu'ils viennent.

Comment a réagi votre cabinet ?

J'ai eu beaucoup de chance et suis très reconnaissant au cabinet Herbert Smith au sein duquel j'ai exercé pendant 16 ans. Les membres du cabinet m'ont toujours fichu une paix royale, me permettant de poursuivre mes initiatives, mieux, les avocats du cabinet se sont toujours montrés très « *supportive* », m'encourageant dans mes frasques.

Le métier d'avocat est chronophage, surtout lorsqu'on est un jeune collaborateur souhaitant faire ses preuves... Pensez-vous que le *pro bono* ait de l'avenir en France ?

En effet, pour organiser le *pro bono*, une question essentielle se pose : comment donner du temps libre aux collaborateurs ? Ca doit changer, les avocats doivent avoir 10% de leur temps à donner au *pro bono*. C'est l'un des grands chantiers du *pro bono* en France.

Le barreau commencé à organiser une fondation. Les choses bougent, ça va venir.

Que répondez-vous à ceux qui réduisent ce genre d'initiatives à un argument marketing pour les grands cabinets ?

Premièrement, je m'en fiche ! Deuxièmement, tant mieux si c'est bon pour le marketing et les RH d'un cabinet si cela peut permettre *in fine* de développer quelque chose d'utile. Troisièmement, cela n'a pas d'intérêt de regarder cela de cette manière, qui revient à regarder les choses « par le petit bout de la lorgnette ». Qu'est-ce que cela signifie ?

Si quelque chose se développe, si quelque chose existe, et si quelque chose est capable de susciter l'intérêt de machines économiques orientées vers le profit, comme les cabinets d'avocats, si cela emporte l'adhésion d'organisations telles que les nôtres, c'est que cela correspond à un besoin très important ! Et la publication de ce besoin, c'est cela qui permet d'enclencher un mouvement qui sera relayé par les autorités publiques, par des dispositifs avec les collectivités locales, etc. C'est finalement une initiative privée qui permet d'enclencher l'initiative publique. Et je pense que c'est comme ça qu'il faut regarder la chose.

Votre engagement a-t-il influencé votre vie professionnelle ?

Non, pas tellement, certains le savent, sont enthousiastes, d'autres s'en moquent. Je ne m'en suis jamais servi comme d'un argument marketing, et de toute façon, les clients *Corporate* ne choisissent pas leur avocat sur ce genre de critères. Mais en effet, ça m'a sans doute fait une réputation d'avocat sympa, un peu « hippie ».

A ce propos, comment peut-on faire du droit des affaires le matin au service d'une banque d'investissement et du droit des étrangers le soir au secours populaire ? N'y a-t-il pas là un grand écart à accomplir... ?

Je ne crois pas du tout à la diffraction des mondes. Je crois que le monde est unique et, de la même façon, qu'il n'y a pas vingt cinq besoins juridiques différents. La substance du besoin n'est sans doute pas la même en fonction des publics considérés mais, en fait, la nature du besoin est assez identique : il s'agit avant tout d'un besoin d'assistance, d'un besoin d'écoute et d'un besoin d'aide.

Même lorsque l'on est face à une grande entreprise, il faut d'abord savoir écouter son client, comprendre son problème et ensuite tout faire pour l'assister au mieux, indépendamment du fait que le problème considéré porte sur des millions de dollars. Aussi bien Jean-Luc Bedos que moi, nous

sommes passés par les Etats-Unis, où nous avons été très influencés par un mécanisme qu'on ne connaissait pas du tout en tant qu'avocat français qui est celui du *pro bono*.

A la fin des années 1980, quand je suis arrivé chez Shearman, une des premières choses que l'on m'a demandé, c'était si je voulais faire du *pro bono*, c'est-à-dire représenter des gens qui sont dans une situation difficile gratuitement. C'est là où j'ai appris ce qu'était le *pro bono* et que j'ai commencé à travailler gratuitement.

Considéré du point de vue de ceux qui, comme vous, décident de consacrer une partie croissante de leur temps à aider les individus qui sont dans le besoin afin de se réaliser personnellement, cela n'est-il pas finalement un aveu d'échec du modèle d'intégration des cabinets d'avocats ? N'a-t-on pas du mal à donner du sens à sa vie en exerçant dans un grand cabinet d'avocats d'affaires ?

Mais on a dans tous les cas du mal à donner du sens à sa vie en faisant uniquement du droit ! Il faut faire de la musique, il faut faire des enfants, il faut faire de l'enseignement, il faut faire du patin à roulettes ! Bien sûr !

Plus sérieusement, je pense que non, ce n'est pas un aveu d'échec. C'est au contraire la réalisation qu'on fait un métier qui a une place particulière dans la société, comme la

médecine a une place particulière dans la société.

Le droit est l'arme du pauvre, le droit peut permettre à des gens d'améliorer leur situation. Exercer ses droits, comprendre ses droits, connaître ses droits, peut vous permettre de vous en sortir. Et ce droit c'est le droit, le même pour tout le monde. Et, c'est peut être un peu immodeste de dire cela, mais je crois qu'on a un rôle spécial à jouer là-dessus. Et cela concerne tous les juristes. Ce n'est pas du tout un aveu d'échec par rapport à notre métier d'avocat d'affaires. Au contraire, je crois que c'est plutôt un hommage général à la fonction juridique, une espèce de restauration du sens des valeurs.

Précisément, que pensez-vous de ce «retour des valeurs» dans la vie des affaires, de ce souci éthique qui semble se faire de plus en plus pressant ?

L'éthique, c'est l'idée numéro un du moment ! Je crois que c'est la chose la plus importante du moment. Il n'y a pas que ça, il y a toutes les problématiques de corruption, toutes les problématiques d'investissement éthique, on passe énormément de temps à donner des conseils aux entreprises en matière d'éthique.

La *compliance* comme on dit, c'est la problématique d'entreprises qui mettent en place des programmes d'éthique,

des programmes antiblanchiment, des programmes anticorruption. C'est un phénomène qui est au cœur de la problématique juridique du moment.

Comment l'expliquez-vous ?

Ce phénomène est assez récent, il a commencé il y a dix ans environ, et la question de savoir quelles sont les causes de ce besoin d'éthique ou de ce retour de l'éthique est fascinante.

Très prosaïquement, cela vient du renforcement des législations, et particulièrement du renforcement de la législation américaine *FCPA* [«*Foreign Corrupt Practices Act*», NDLR] et ce genre de choses, qui terrorisent les entreprises dans le monde entier. Alors qu'en France il était plus ou moins toléré de pouvoir faire du business en Afrique dans des conditions un petit peu particulières, aujourd'hui les pouvoirs publics ont tellement durcis les sanctions que l'éthique devient une considération très importante dans la stratégie des entreprises.

Je pense aussi que ce souci d'éthique trouve son origine dans une sorte de quête de sens.

On traverse des temps de plus en plus difficiles depuis 1973 on ne s'est jamais sorti d'une crise. Moi j'avais dix ans quand le choc pétrolier a commencé et depuis ça n'a jamais fini.

Tout ce qui s'est passé depuis, et notamment la crise financière de 2008, avec l'affaire Madoff, tout ces événements on fini par bouleverser les mécanismes de pensée et traumatiser les gens. Et par conséquent il y a une quête de sens qui en ressort. Il y a des gens qui sont en quête de sens éthique, plus qu'avant, même dans les entreprises, et même des les banques.

C'est très intéressant comme mécanisme, je l'ai vu se développer au fil des ans et pourrait même dire que cela ressemble parfois à une espèce de quête quasi-religieuse. Si vous rencontrez des *compliance officers* par exemple, les salariés d'une entreprise qui sont en charge de faire respecter des considérations éthiques, des normes de conduite. Et bien vous avez parfois l'impression d'avoir affaire à des moines, où des missionnaires, qui sont là pour convertir les autres employés et répandre la bonne parole au sein de l'entreprise.

Et ils ont la foi, ils croient au fait que les bonnes pratiques doivent s'imposer! Ces personnes ont une influence grandissante, un rôle très important à jouer aujourd'hui.

Enfin, il y a aussi le fait que tous les pays ont organisé leurs institutions judiciaires pour

tenter de «moraliser» la vie des affaires : avec le renforcement du rôle du parquet, la lutte contre la corruption etc.

Avez-vous déjà envisager de vous engager en politique ?

Non, j'ai horreur de mentir et en politique aujourd'hui, il faut savoir raconter des histoires aux gens. A mon avis, la politique ne donne pas assez de liberté de pensée, j'adore écouter, observer la politique, mais ce n'est pas pour moi. Ceux qui ont pratiqué l'honnêteté intellectuelle n'ont pas réussi comme ils auraient pu (Mendes France, Rocard ou Jospin). Et puis aujourd'hui, le niveau est déplorable.

Comment imaginez-vous votre métier dans 20 ans ?

Je pense que dans vingt ans, les étudiants seront encore plus amenés à travailler en dehors des frontières, voire même sans frontières. La territorialité du droit va selon moi de plus en plus voler en éclats.

Quand vous serez associés, si vous faites du contentieux, vous pourrez être amenés à travailler sur une affaire en Bolivie qui concerne une entreprise Mexicaine contre

une entreprise Finlandaise et qui n'a pas véritablement de rapport avec la France mais qui vous sera soumise. Je pense qu'il y aura une absence de territorialité encore plus marquée.

Je ne vois pas un droit global mais je vois un droit où la matérialité des solutions nationales s'efface devant des considérations de stratégie, devant des principes qui ont tendances à s'uniformiser dans les différentes juridictions, un peu comme dans l'arbitrage international. Le droit applicable finalement devient presque secondaire.

Quel conseil donnez-vous aux étudiants qui nous lisent ?

Partez à l'étranger ! Je ne conseillerais pas forcément aux étudiants de votre génération d'aller faire des LLM aux Etats-Unis comme on le faisait de mon temps (partez plutôt gagner de l'argent au lieu d'en dépenser !) mais plutôt d'aller travailler à l'étranger dans la fonction juridique, aussi bien en cabinet qu'en entreprise.

De mon temps, on avait un enseignement très territorial et quand on arrivait aux Etats-Unis on n'était pas vraiment utilisables, parce qu'on avait pas appris le droit amé-

ricain, parce qu'on était pas dans la réalité américaine, etc.

Aujourd'hui, on n'est plus obligé de faire un LLM pour aller travailler sur le marché américain. A Sciences Po ou dans les 3e cycles des écoles de commerce, vous avez déjà les outils internationaux, donc allez les mettre au service d'entreprises ou de cabinets à l'étranger qui ont eux mêmes beaucoup plus l'habitude maintenant de faire appel à des étrangers que maintenant.

Dans la vie de mon cabinet, il est de plus en plus fréquent d'avoir des gens Indiens ou Tchécoslovaques qui travaillent sur des dossiers en Afrique. Donc allez à l'étranger et parlez très bien l'anglais !

Accepteriez-vous de nous parler de votre affaire la plus marquante ?

L'affaire de la catastrophe aérienne « Flash Airlines » à Charm el cheikh.

Un avion remplis de Français s'est écrasé. Parmi les victimes, le professeur Fouchard avec toute sa famille.

Et puis en ce moment, l'affaire Madoff, j'y défends les banques, les méchants !

Enfin pour conclure cet entretien, la tradition veut que nous vous demandions à quelle question que nous ne vous avons pas posé vous auriez aimé répondre.

J'aurais aimé que vous me demandiez ce que je fais quand je ne fais pas du droit!

Eh bien je chante figurez-vous, tous les mardis soir, j'assiste à la répétition de la chorale du conservatoire. Je ne la rate jamais, sous aucun prétexte. Pour tout vous dire, il m'est même arrivé de refuser que les réunions d'associés se tiennent le mardi soir à cause de ça ! ■

Propos recueillis par Dorothée Brugère et Alexandre Koenig

DOSSIER THÉMATIQUE :

*DROIT ET ÉTHIQUE
DES AFFAIRES*

Présentation par Pierre Servan-Schreiber, Avocat aux barreaux de Paris et
de New York, Co-Manager du Bureau de Paris de Skadden

Vers un renversement du credo positiviste ?
L'éthique comme paradigme de nouvelles formes de juridicité
(*Guillaume Tusseau, Sciences Po*)

UK Bribery Act : analyse d'une législation (*Nicholas Tse et Jean-François
Le Gal, Gide Loyrette Nouel*)

Les magistrats dans le privé
(*Bruno Thouzellier, Sarrau Thomas Couderc*)

La protection du secret d'affaires
(*Olivier Cousi, Gide Loyrette Nouel*)

Punir le délit d'initié réduit-il vraiment l'asymétrie d'information dont
est victime le « petit porteur » sur le marché financier?
(*Stéfan Monaghan-Darcel*)

PIERRE SERVAN-SCHREIBER

Présentation du dossier



Avocat au cabinet Skadden, Arps, Slate,
Meagher & Flom LLP
Membre du Conseil de l'Ordre, barreau
de Paris

L'année 2011 semble, plus encore que les précédentes, remettre en question ce qui semblait pourtant bien établi et surtout la puissance des Etats : face à la nature (Japon) ; face aux peuples et aux réseaux internet (Maghreb Proche Orient) face aux marchés financiers (crise de la dette souveraine).

Ces phénomènes, parmi d'autres, combinés à l'absence d'une vision politique et laïque de l'avenir de l'homme, ou, plus simplement, de nos sociétés, contribuent à aggraver la notion de perte de sens du monde dans lequel nous vivons.

Les contributions au présent numéro de la revue des juristes illustrent très bien les tentatives du droit pour s'adapter et répondre à cette quête de sens.

Ce qui prédomine ici est la volonté, en tout cas apparente, des entreprises de se conformer à un modèle éthique et social, plus conforme aux convictions, aux attentes de leur partenaires, quels qu'ils soient .

Qu'elles fassent appel à des chartes, des codes internes de déontologie, des instances semi-publiques, des ex-magistrats, leur objectif semble être de s'imposer à elles-mêmes des règles de conduite, que celles-ci soient ou non revues et sanctionnées par des lois étatiques au sens strict du terme.

Quelle place pour les Etats dans cette construction éthique du droit ? Si certains vont jusqu'à remettre en cause l'efficacité d'une des règles d'éthique boursière les plus fondamentales, la sanction du délit d'initié,

la tendance semble être à l'abandon relative par les Etats de leur souveraineté judiciaire en ce qui concerne le règlement des litiges privés en favorisant le recours à l'arbitrage tout en affichant une volonté forte, du moins en apparence, de lutter contre la corruption de façon très active et très large.

Mais, si c'est le tribunal de l'opinion publique qui, *in fine*, sanctionnera le défaut d'éthique dans les affaires, ne se retrouve-t-on pas dans la grande interrogation que soulèvent les bouleversements auxquels nous assistons ; qui est à la manœuvre, qui croire, qui est responsable, devant qui ?

Les articles publiés ici apportent chacun leur pierre à cet édifice et nous sommes certains que vous y puiserez matière à réflexion. ■

GUILLAUME TUSSEAU

Vers un renversement du credo positiviste ? L'éthique comme paradigme de nouvelles formes de juridicité



Professeur des Universités
à l'Ecole de droit de Sciences Po
Membre de l'Institut universitaire de France

Que reste-t-il aujourd'hui, dans le domaine de l'éthique des affaires, de la distinction du droit et de la morale ?

Ainsi que l'a mis en évidence H.L.A Hart, la question des relations entre droit et morale peut être comprise de différentes manières¹. Elle peut tout d'abord soulever une problématique historique ou causale, et conduire à s'interroger sur la manière dont le développement du droit et celui de la morale s'influencent l'un l'autre. Elle peut ensuite se rapporter à la question de la possibilité et des formes d'une critique morale du droit : le droit est-il susceptible d'une critique par référence à des principes moraux, ou bien la validité de la règle de droit à l'intérieur du système juridique l'empêche-t-elle ? Si l'on admet cette critique, existe-t-il des formes de critiques qui seraient exclusivement adressées au droit ? Une troisième manière de comprendre les relations entre droit et morale concerne la protection juridique de la morale : le fait qu'un comportement soit jugé immoral est-il suffisant pour justifier qu'il soit réprimé sur le plan juridique ?

¹ H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford (California), Stanford UP, 1963.

La principale préoccupation de la théorie générale du droit est d'ordre définitionnel. Renvoyant à une quatrième série d'interrogations, elle consiste à déterminer si la définition du droit et des règles juridiques doit comporter une référence à la morale. Alors qu'une orientation jusnaturaliste tendrait à répondre par l'affirmative, l'une de thèses fondamentales du positivisme juridique consiste à repousser toute existence d'un lien conceptuel entre droit et morale. Il en résulte qu'un droit peut parfaitement être immoral, injuste et contraire à l'éthique, sans pour autant cesser d'être du droit². Ainsi que l'affirme l'un des représentants les plus fameux du positivisme juridique: « L'existence du droit est une chose ; ses mérites ou démérites en sont une autre »³.

Selon John Austin (1790-1859), la délimitation du champ juridique suppose de distinguer de la manière la plus rigoureuse ce qui relève du droit proprement dit de ce qui se rattache plus nettement à la morale.

² H.L.A. Hart, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », in *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 49-87.

³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] and *The Uses of the Study of Jurisprudence* [1863], Indianapolis, Cambridge, Hackett Publishing Co., Inc., 1998, p. 184.

L'un des critères les plus fréquemment utilisés tient à la manière dont droit et morale assurent leur propre mise en œuvre et, en dernière analyse, leur effectivité. Alors que le droit repose, selon une représentation traditionnelle, sur l'usage de la coercition, notamment étatique, la morale agirait de manière plus souple, en s'appuyant davantage sur la conviction que sur la force brute, en s'adressant à la conscience et au raisonnement des individus plus qu'en les menaçant et, en définitive, en préservant davantage leur autonomie. Elle serait, de ce fait, naturellement pourvue d'une efficacité inférieure à celle du droit.

Or certains développements contemporains des affaires sont de nature à remettre en cause de manière radicale la dichotomie traditionnelle entre droit et morale. Parmi de multiples autres phénomènes liés à la globalisation, différents types de *leges* témoignent, à la suite de la *lex mercatoria*, de la manière dont les entreprises se distancient de plus en plus fréquemment des normes juridiques issues des Etats. Elles leur préfèrent des normes de comporte-

ment, des codes de conduite, des chartes, des méthodes de certification, des standards professionnels, des techniques de régulation et de gouvernance non coercitives, dont elles sont le plus souvent les auteurs, et qu'elles élaborent de manière autonome et consensuelle. Ces normes sont produites à un niveau transnational qui ignore les figures traditionnelles du droit que sont les ordres juridiques étatiques⁴. Elles sont fréquemment mises en œuvre non par les tribunaux nationaux, mais par des arbitres, librement déterminés par les parties en litige.

Les illustrations de ce phénomène, qui gagne en intensité, sont multiples. La *lex sportiva* est dominée par des institutions privées telles que les fédérations sportives et un tribunal arbitral du sport qui s'avèrent, au regard des enjeux économiques et sociaux des activités sportives, parfois en mesure d'imposer leurs décisions au droit

⁴ V. p. ex. A. Peters, L. Koechlin, T. Förster, G. Fenner Zinkernagel (ed.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge UP, 2009 ; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrated Markets*, Oxford, Hart, 2005.

des Etats⁵. La *lex digitalis* régulant l'Internet se trouve chapeauté par des institutions telles que l'ICANN (*Internet Corporation of Assigned Names and Numbers*), fondée par des acteurs publics et privés. Elle a notamment développé, avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, des Principes directeurs de règlement uniforme des litiges.

Le *Global Business Dialogue on Electronic Commerce* (GBDe) développe des standards concernant la protection des données, la protection des consommateurs et la résolution des différends.

Des pans entiers des régimes normatifs qui s'appliquent aux activités économiques contemporaines semblent ainsi faire éclater la distinction entre droit et morale, et ce d'autant plus qu'ils n'hésitent pas à porter sur ce qui est le cœur du contenu éthique du droit : les droits de l'homme⁶.

Sous la dénomination générique de «Responsabilité sociale des entreprises», les acteurs économiques investissent, à travers les types de normes précédemment identifiés, la protection des droits

5 F. Latty *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Nijhoff, 2007 ; J. Guillaumé, « La *lex sportiva* ou la loi du plus fort », in *Annales de droit de l'Université de Rouen*, n° 5, 2011, pp. 43-62.

6 P. Alston (ed.), *Non State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2005 ; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford UP, 2006.

de l'homme dans les divers aspects de leurs activités. Afin d'unifier les pratiques locales, les Nations Unies ont présenté des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises.

La norme ISO 26000 entend promouvoir la responsabilité sociétale des organisations de tout type. Le Pacte mondial des Nations Unies invite les entreprises à améliorer leurs pratiques dans le domaine des droits de l'homme, des droits des travailleurs, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Il demeure facultatif, et n'engage les entreprises qu'à communiquer, par tout moyen, sur leur propre action⁷.

Quelle peut-être la nature de tels engagements, dont l'efficacité pratique de facto est hors de doute : déclarations d'intentions éthiques ou obligations juridiques?

Du point de vue de la théorie du droit, ces acteurs économiques semblent donc substituer efficacement aux normes juridiques étatiques sanctionnées par la coercition des régulations consenties, autonomes, souples, dont la mise en œuvre repose davantage sur la conviction et les engage-

7 A. Rasche, G. Kell (ed.), *The United Nations Global Compact. Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge UP, 2010.

ments et ce, y compris dans ce que le droit a de plus essentiel sur le plan axiologique.

Ces développements embarrassent incontestablement la représentation traditionnelle de la distinction entre droit et morale. Ils rendent particulièrement pressant un aggiornamento conceptuel, notamment de la part des auteurs qui se disent positivistes.

Ainsi qu'a permis de le comprendre le Symposium international organisé par l'École de droit de Sciences Po, les 18 et 19 avril 2011, autour de la pensée juridique de Jeremy Bentham (1748-1832), une théorie juridique positiviste n'est pas totalement démunie face à ces développements, pour autant qu'elle dispose de concepts suffisamment raffinés.

De ce point de vue, le concept de règle de droit de Bentham est particulièrement riche⁸. Il inclut dans le droit des normes dont l'efficacité peut reposer, non sur la « sanction politique », administrée par l'appareil coercitif de l'État, mais bien

8 J. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (ed.), Oxford, Oxford UP, 2010, pp. 24-41 ; G. Tusseau, « Positivist Jurisprudents Confronted: Jeremy Bentham and John Austin on the Concept of a Legal Power », in *Revue d'études benthamiennes*, n° 2, mars 2007, pp. 23-37 ; Id., « Bentham et le normativisme viennois. Impressions de lecture », in M. Bozzo-Rey, G. Tusseau (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », Vol. 36, 2011, pp. 43-105.

davantage sur ce qu'il appelle la sanction « populaire » ou « morale »⁹.

Celle-ci est la sanction, ou source de plaisir et de douleur, qui émane de manière spontanée et informelle des personnes dont se compose l'environnement social de l'acteur en question¹⁰.

A ce titre, la responsabilité sociale des entreprises, qui pourrait apparaître à première vue comme une exigence avant tout morale, peut parfaitement être comprise comme une norme juridique au sens de Bentham. Son efficacité, qui pouvait étonner les esprits habitués à nier la crédibilité de la morale de ce point de vue, est parfaitement explicable.

En tant qu'engagement éthique spontané de la firme, elle ne repose pas a priori sur la coercition étatique traditionnelle. Elle se fonde au contraire sur la sanction morale ou populaire, concrétisée par exemple par les réactions des investisseurs, des actionnaires, des employés ou des consommateurs au comportement de l'entreprise concernée en matière de respect des droits de l'homme.

9 J. Bentham, *Of the Limits...*, op. cit., p. 168.

10 J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. fr. Centre Bentham, Paris, J. Vrin, coll. « Analyse et philosophie », 2011, Ch. 3.

Or ces réactions (rupture des relations contractuelles, retrait de l'actionnariat, boycott de produits, *etc.*) peuvent avoir une portée et une efficacité sans commune mesure avec, par exemple, une amende infligée au titre de la sanction juridique traditionnelle.

Il en résulte, de manière plus générale, que c'est en définitive le « Tribunal de l'opinion publique », figure magnifiée dans les écrits constitutionnels de Bentham¹¹, qui est le garant, à travers ses différents comités (investisseurs, actionnaires, consommateurs, salariés, *etc.*), des obligations que comporte la préoccupation contemporaine d'éthique des affaires.

La sanction qu'il dispense, en insistant notamment sur la réputation et l'image de marque des entreprises, s'avère la marque

¹¹ J. Bentham, *Constitutional Code for the Use of all Nations and all Governments Professing Liberal Opinions*, Vol. 1, F. Rosen, J.H. Burns (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 35-39.

d'un type de règle particulier, certes, mais qui s'intègre sans difficulté à un appareil conceptuel unitaire et maniable, susceptible, comme celui que le positivisme de Bentham offre au juriste, de rendre compte des évolutions les plus contemporaines et, à certains égards, les plus déroutantes, des phénomènes juridiques¹². ♦

¹² G. Tusseau, « Global Law: Universality and Constitutionalism (I): What is Global Constitutionalism, if Any? », Workshop 2010 de l'Institute for Global Law and Public Policy de l'Université de Harvard, 1er-11 juin 2010.

NICHOLAS TSE

JEAN-FRANÇOIS LE GAL

UK Bribery Act : analyse d'une législation

Nicholas Tse

Barrister, Avocat à la Cour
Gide Loyrette Nouel LLP, Londres

Jean-François Le Gal

Avocat à la Cour, Solicitor (England & Wales)
Gide Loyrette Nouel LLP, Londres

Avec la contribution de **Marine Jamain**

Entré en vigueur le 1er juillet dernier, le *UK Bribery Act* 2010 est d'ores et déjà présenté comme la législation la plus sévère au monde en matière de lutte contre la corruption.

Les espoirs placés dans cette réglementation par certains, comme les craintes qu'elle suscite pour d'autres, sont-ils pour autant justifiés ?

Tant l'esprit ayant présidé à l'adoption du *Bribery Act* que les dispositions-clés de ce texte le laissent penser. Les « lignes directrices » publiées par le Gouvernement le 30 mars dernier afin d'aider à l'interprétation de ce texte incitent toutefois à formuler quelques réserves.

I. GENESE DU BRIBERY ACT

Il y a de cela quelques années à peine, la lutte contre la corruption faisait figure de parent pauvre de la réglementation en vigueur au

Royaume-Uni et était l'objet de vives critiques, tant au niveau interne qu'international.

Au niveau interne, la *Law Commission*¹ n'avait pas hésité à qualifier la réglementation anti-corruption d'« obscure, complexe, incohérente et incomplète »². De fait, le corpus des règles en la matière était « éclaté » entre différents instruments, datant parfois du XIX^{ème} siècle³.

Surtout, le manque de volonté politique en matière de lutte contre la corruption était pointé du doigt. Ainsi le classement au cours de l'année 2006, consécutivement à une intervention du Gouvernement, d'une

¹ La Law Commission est un organisme indépendant créé par le Law Commissions Act 1965, dont la mission est de procéder à une évaluation régulière de la législation en vigueur et recommander des réformes lorsque cela est nécessaire : www.lawcom.gov.uk.

² Joint Committee Report on the Draft Corruption Bill, 2003.

³ Le Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, sanctionnant la corruption de certaines catégories d'agents publics ; le Prevention of Corruption Act 1906, sanctionnant la corruption d'autres catégories d'agents publics et d'agents commerciaux ; le Prevention of Corruption Act 1916, créant une présomption de corruption dans certains contrats du secteur public ; le Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001, modifiant les lois de 1889 et 1906 précitées.

enquête du *Serious Fraud Office*⁴ portant sur des contrats d'armement conclus entre le groupe *BAE Systems* et l'Arabie Saoudite, sur lesquels planaient de forts soupçons de corruption, avait soulevé une vive émotion au sein de l'opinion publique.

Ces critiques ont été relayées au niveau international par l'OCDE qui, au mois d'octobre 2008, n'a pas hésité à faire part de sa « déception et vive préoccupation concernant la mise en œuvre insatisfaisante de la Convention [OCDE sur la lutte contre la corruption] par le Royaume-Uni »⁵.

C'est en écho à ces critiques qu'a été adopté en 2010, au bénéfice d'un large consensus, le *Bribery Act*, qui se veut une loi extrêmement ambitieuse et à certains égards plus sévère que le *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* américain.

II. POINTS-CLES DU *BRIBERY ACT*

4 Le *Serious Fraud Office* est une agence gouvernementale indépendante en charge des enquêtes et poursuites en matière de fraude complexe et corruption : www.sfo.gov.uk

5 « Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales », rapport du Groupe de Travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales du 16 octobre 2008, version anglaise, page 4

A. Spectre large des infractions susceptibles d'être reprochées

Le *Bribery Act* abroge la réglementation existante et prévoit plusieurs catégories d'infractions, parmi lesquelles les délits de corruption active⁶, corruption passive⁷ et corruption d'agents publics étrangers⁸.

Ces infractions sont définies largement. D'une part, les délits de corruption active et passive couvrent aussi bien des faits perpétrés dans le secteur privé que dans le secteur public⁹ : est par exemple répréhensible, en application du *Bribery Act*, le fait pour un employé d'une entreprise d'« acheter » un employé d'une autre entreprise en vue d'obtenir un contrat. D'autre part, le fait répréhensible peut consister aussi bien dans le versement d'une somme d'argent que dans l'octroi d'un avantage quelconque, tel qu'un cadeau ou un avantage en nature¹⁰.

La mesure phare du *Bribery Act* réside incontestablement dans la création d'un nouveau délit sanctionnant les personnes morales ne luttant pas contre la corruption¹¹.

6 Section 1.

7 Section 2.

8 Section 6 (en écho à la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales).

9 Section 3.

10 Les sections 1, 2 et 6 désignent en effet un « *financial or other advantage* ».

11 « *Failure of commercial organisations to prevent bribery* ».

Aux termes de ce délit de « défaut de prévention de la corruption », une entreprise engage sa responsabilité pénale dès lors qu'une personne qui lui est « associée »¹² se rend coupable de faits de corruption dans le but d'obtenir un avantage pour cette entreprise¹³.

Le spectre particulièrement large de cette infraction a suscité (et suscite encore) les plus vives inquiétudes dans le milieu des affaires.

La notion de « personne associée » s'entend en effet de toute personne accomplissant des prestations au bénéfice ou pour le compte de l'entreprise, peu important à quel titre¹⁴ : il peut s'agir par exemple d'un employé, d'un agent ou encore d'une filiale¹⁵. De même, il importe peu que le fait de corruption soit commis au Royaume-Uni ou à l'autre bout du monde¹⁶.

Enfin, et peut-être surtout, la responsabilité de l'entreprise est de plein droit. Celle-ci ne peut échapper à une condamnation que si elle démontre qu'elle avait mis en place des « procédures adéquates » visant à prévenir les faits de corruption en question¹⁷ :

12 La section 7 (1) désigne « *a person associated* ».
13 Section 7 (1).
14 Section 8 (1) et (2).
15 Section 8 (3).
16 Section 12 (5).
17 Section 7 (2).

la charge de la preuve est ainsi inversée.

B. Etendue sans précédent du champ d'application

Le champ d'application territorial du *Bribery Act* est sans précédent. En particulier, le délit de défaut de prévention de la corruption peut être reproché à toute personne morale, même immatriculée en-dehors du Royaume-Uni, dès lors que celle-ci conduit ses activités ou « une partie de ses activités » sur le territoire britannique¹⁸. En outre, ainsi qu'il vient d'être exposé ci-avant, il importe peu que le fait de corruption ait été commis au Royaume-Uni ou ailleurs dans le monde¹⁹.

A titre d'illustration, cela signifie qu'une société immatriculée en France, exerçant une partie de son activité outre-Manche, pourrait être sanctionnée au titre du *Bribery Act* pour n'avoir pas pris les mesures propres à éviter le versement, par l'un de ses collaborateurs, de pots-de-vin au Japon.

C. Sévérité des sanctions

Les sanctions prévues par le *Bribery Act* peuvent être extrêmement lourdes.

Un individu reconnu coupable de corrup-

18 Section 7 (5) (b).
19 Section 12 (5).

tion est ainsi passible d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix années et / ou d'une peine d'amende²⁰.

Les entreprises n'ayant pas su prévenir la corruption en leur sein²¹ s'exposent quant à elles à une amende d'un montant illimité²² et peuvent être déchues du droit de concourir à tout marché public. Les dirigeants de ces entreprises peuvent également être condamnés s'il est prouvé que les faits répréhensibles ont eu lieu avec leur « consentement ou connivence »²³.

Il convient enfin de préciser que des mesures de confiscation peuvent être prises en vertu du *Proceeds of Crime Act 2002*, lequel reste applicable.

III. PERSPECTIVES: LE *BRIBERY ACT*, FEU D'ARTIFICES ANTI-CORRUPTION POUR BEAUCOUP, SIMPLE PETARD MOUILLE SELON CERTAINS

Le 1er juillet 2011, date d'entrée en vigueur du *Bribery Act*, a-t-il marqué la naissance de la réglementation la plus sévère du monde en matière de lutte contre la corruption ? La réponse à cette question dépendra avant

20 Section 11 (1) (b).

21 Au sens de la section 7.

22 Section 11 (2) (b).

23 Section 14.

tout de la façon dont le texte de loi sera mis en œuvre par les autorités britanniques.

Les « lignes directrices » publiées récemment par le Ministère de la Justice fournissent des indications utiles à cet égard. L'avenir incertain du *Serious Fraud Office* constitue peut-être un autre indice.

A. Les lignes directrices

La publication de lignes directrices, visant à éclairer certaines dispositions du *Bribery Act*, était prévue dans le texte de loi lui-même²⁴.

Ces lignes directrices ont été rendues publiques par le Ministère de la Justice britannique le 30 mars dernier²⁵. Si elles ont rassuré quelque peu le monde des affaires, elles ont en revanche reçu un accueil beaucoup moins favorable de la part de certaines organisations non-gouvernementales. Pour ne prendre qu'un exemple, *Transparency International* les a qualifiées de « déplorables »²⁶.

24 Section 9.

25 « *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* ».

26 « *UK: Government Guidance 'deplorable' and will weaken Bribery Act* », www.transparency.org ; à titre d'exemple, les lignes directrices publiées par le Ministère de la Justice énoncent que le fait, pour une entreprise anglaise, de prendre en charge (i) les billets d'avion et l'hébergement d'agents publics étrangers afin de leur permettre de se rendre à une réunion prévue à New York, dans un souci de convenance

De fait, ces lignes directrices semblent marquer un possible infléchissement par rapport à la lettre du texte de loi. Elles pourraient notamment être de nature à restreindre le champ d'application et la portée du délit de défaut de prévention de la corruption.

Il est ainsi énoncé que le seul fait pour une entreprise étrangère d'avoir des titres cotés sur le *London Stock Exchange* ou d'avoir une filiale immatriculée au Royaume-Uni « ne devrait pas » suffire à caractériser l'exercice d'une activité sur le territoire britannique au sens du *Bribery Act*²⁷. En théorie, il semble donc peu probable que le *Bribery Act* puisse s'appliquer à une société n'ayant d'autre connexion avec le Royaume-Uni que celle d'avoir des actions cotées sur le *London Stock Exchange*. Toutefois, ainsi que le Ministère de la Justice l'a précisé, cette question sera déterminée en dernier ressort par les autorités judiciaires²⁸.

mutuelle, avec certains dirigeants de l'entreprise, ainsi que (ii) le coût d'un dîner et de billets pour un match de baseball, ne devrait probablement pas, en soi, pouvoir être considéré comme répréhensible au sens du *Bribery Act* : « *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* », op. cit., § 31.

27 « *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* », op. cit., § 36.

28 J. Morris, « *Bribery Act 2010 Guidance: you can still go to Wimbledon* », in PLC 28 avril 2011 ; les déclarations les plus récentes émanant du Serious Fraud Office laissent entendre que celui-ci sera enclin à retenir une interprétation sévère à l'égard des entreprises étrangères : S. Airey & L. Candey, « *Serious Fraud Office director spells out tough Bribery Act approach* », PLC 18 juillet 2011.

De même, les lignes directrices rappellent que la responsabilité d'une entreprise ne peut être engagée que lorsque la « personne associée » coupable de l'acte de corruption a agi dans le but d'obtenir un avantage pour cette entreprise. Or, selon le Ministère de la Justice, une société ne devrait pas voir sa responsabilité engagée du seul fait qu'un employé de l'une de ses filiales a commis un acte répréhensible dans l'intérêt de cette filiale. Il devrait en être ainsi même si cette société-mère (en sa qualité d'actionnaire de la filiale) est susceptible de bénéficier indirectement de l'acte de corruption²⁹.

Enfin, les lignes directrices donnent des précisions utiles sur la notion de « procédures adéquates » de nature à permettre à une entreprise d'éviter la mise en jeu de sa responsabilité pénale. Certains ont pu y voir un « guide pour échapper à la loi »³⁰.

Selon ces lignes directrices, une procédure de prévention de la corruption sera considérée comme adéquate au sens du *Bribery Act* si l'entreprise respecte plusieurs grands principes³¹. En particulier, cette procédure

29 « *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* », op. cit., § 42.

30 « *UK: Government Guidance 'deplorable' and will weaken Bribery Act* », www.transparency.org, op. cit.

31 « *Proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training), monitoring and review* ».

doit être proportionnée à la taille de l'entreprise et aux risques auxquels celle-ci est confrontée. Il doit en outre pouvoir être démontré que la direction est fortement impliquée dans le développement d'une culture prohibant la corruption au sein de l'entreprise. Des règles claires de prévention de la corruption doivent être communiquées en interne et régulièrement mises à jour. Enfin, des formations doivent être organisées dans l'entreprise.

B L'avenir incertain du Serious Fraud Office

Certains projets discutés récemment au Royaume-Uni ont envisagé une scission des fonctions d'enquête et des fonctions de poursuite actuellement dévolues au seul *Serious Fraud Office*³². Les premières pourraient être confiées à une nouvelle agence gouvernementale, dénommée « *National Crime Agency* », tandis que les secondes seraient dévolues au *Crown Prosecution Service*.

Certains n'ont pas manqué de critiquer un tel projet, y voyant un nouveau signe d'un manque de volonté politique de donner aux autorités de contrôle les moyens de lutter efficacement contre la corruption.

Conclusion

Il est difficile à ce stade de prédire avec certitude si le *Bribery Act* sera le couperet anti-corruption que d'aucuns avaient annoncé.

Les lignes directrices publiées récemment ont certes semblé infléchir quelque peu l'angle fortement répressif adopté par le texte de loi. Il n'en reste pas moins que le champ d'application et la portée du *Bribery Act* seront *in fine* déterminés par les Tribunaux britanniques, qui pourraient bien choisir de s'éloigner des lignes tracées par le Ministère de la Justice³³.

Aussi, compte tenu de la gravité des sanctions encourues en cas de manquement, les entreprises ne peuvent être qu'incitées à vérifier dès que possible si leurs procédures internes de prévention de la corruption (lorsqu'elles existent) sont conformes aux standards décrits par le *Bribery Act* et les lignes directrices précitées. Cette préoccupation devrait également être partagée par les entreprises françaises, notamment celles exerçant une activité au Royaume-Uni ou ayant des partenaires commerciaux sur le territoire britannique, qui ne sauraient en aucun cas négliger le risque créé par le *Bribery Act*. ■

³² « Focus: *Serious Fraud Office: Split decision* », www.thelawyer.com, 25 avril 2011.

³³ Lesquelles ne sont qu'indicatives.

BRUNO THOUZELLIER

Magistrats dans le privé



Ancien magistrat
Avocat à la Cour
Sarrau Thomas Couderc

Un certain nombre de magistrats, certains « connus », ont franchi le pas du secteur privé. Ce mouvement, plutôt marqué à la fin des années 1990, a été très commenté par la presse notamment. Beaucoup moins par le corps judiciaire.

Remarquons d'abord, qu'il a toujours été très limité en nombre : quelques dizaines de magistrats tout au plus sur un corps de sept mille magistrats.

Notons aussi qu'il a correspondu à une période bien spécifique : celle de la mise en cause pénale de grands patrons et de leurs entreprises dans des affaires dites « politico-financières » (ABS, marchés publics, financements occultes de partis politiques etc...).

Beaucoup de ces magistrats furent alors recrutés soit comme « déontologues »

dans de grands groupes, soit comme spécialistes de la lutte anti-fraude. Leur passage dans le privé était donc directement lié à une « conjoncture judiciaire » particulière et tenait à leur connaissance des mécanismes de fonctionnement de la justice. On peut dire qu'ils furent embauchés dans une perspective de prévention du risque pénal. C'est donc la « pénalisation » toujours accrue des réglementations économiques et financières – décriée par le monde de l'entreprise mais voulue par les majorités politiques au pouvoir- qui est à l'origine de ce phénomène.

Il est en effet bien rare que les parlementaires n'accompagnent pas une loi nouvelle d'un volet pénal, c'est-à-dire d'une sanction. Cette habitude bien française – et nettement moins marquée chez nos voisins européens- aboutit à une surpénalisation des rapports économiques et sociaux.

Dés lors qu'il existe une voie pénale, elle est naturellement choisie par les acteurs en conflit pour résoudre leurs différends. La mise en cause pénale d'une grande entreprise et de ses dirigeants est très souvent médiatisée, la réputation et l'image de l'entreprise sont atteintes et un processus de gestion du risque pénal se met en place dans l'entreprise. D'où cette recherche de magistrats par les grandes entreprises.

Mais d'autres magistrats ont aussi rejoint, et rejoignent toujours, le secteur privé à raison de leurs compétences techniques particulières (droit de la concurrence, droit boursier, contentieux pénaux spécialisés...). Ce mouvement est pourtant loin d'être significatif en nombre de magistrats. Il est pourtant une reconnaissance du savoir faire technique de certains magistrats dans des domaines hautement spécialisés.

Enfin, certains magistrats deviennent avocats. Cette transmutation peut sembler la plus naturelle car magistrats et avocats sont les acteurs permanents du procès. Que certains souhaitent changer de « rôle » semble sain. C'est pourtant ce qui est le moins bien accepté par les deux institutions, barreau et magistrature !

La tradition française des corps constitués rend cette mobilité difficile, en raison d'un corporatisme bien ancré dans les esprits alors qu'une tradition anglo-saxonne, reprise au Québec, réserve le métier si prestigieux de juge aux avocats les plus distingués qui considèrent comme un honneur d'accéder à la fonction judiciaire.

Pour un magistrat, devenir avocat n'est pas aisé : en raison des règles d'incompatibilité légitimement fixées par la loi et vérifiées au cas par cas par le Conseil Supérieur de

la Magistrature. Un magistrat ne peut s'inscrire au Barreau dans le ressort duquel il a exercé ses fonctions judiciaires, cette règle limite beaucoup les possibilités d'inscriptions au barreau des magistrats, comme d'ailleurs des avocats qui voudraient rejoindre la magistrature.

Mon expérience personnelle de « transfuge » du Parquet au Barreau, depuis maintenant près de trois années, me permet d'en tirer quelques enseignements :

C'est une expérience très enrichissante car elle permet de remettre en question ses pratiques professionnelles de magistrat, de mieux comprendre les contraintes de la défense mais aussi d'apprécier avec plus de recul les « grandeurs et servitudes » du métier de juge.

C'est aussi une réponse à la nécessité pour les magistrats de mieux appréhender la vie économique, les contraintes des entreprises dans une économie libérale et mondialisée.

C'est enfin un moyen de mieux faire connaître aux dirigeants de sociétés les enjeux de la justice et du respect de la loi. ■

OLIVIER COUSI

La protection du secret d'affaires



Avocat à la Cour
Associé au cabinet
Gide Loyrette Nouel

Quel meilleur endroit que le THALYS pour réfléchir à la protection du secret d'affaires ?

Confortablement installé dans cet espace feu-tré qui bruisse de secrets, on peut entendre certaines conversations qu'on devrait ignorer, les appels téléphoniques du voisin, ou même, grâce à la discrète courbure des sièges de première classe, lire aisément des documents ou des données qui s'inscrivent sur l'écran de l'ordinateur des passagers des sièges devant vous. On comprend mieux la rumeur selon laquelle certains lobbyistes rémunèrent des stagiaires «banalisés» en touriste pour effectuer régulièrement le trajet Paris-Bruxelles dans le seul but d'y collecter des informations privilégiées ou confidentielles.

En cette époque qui réclame toujours plus de transparence le secret n'a pas toujours bonne presse et on doit distinguer les secrets d'affaires qui constituent, comme un secret de fabrication par exemple, des actifs importants pour l'activité d'une entreprise et le secret

des affaires qui est une notion plus large et plus controversée recouvrant les modalités et procédures d'accès à ces informations.

Nous parlerons ici de la question de protection juridique des secrets d'affaire en ce qu'ils constituent des informations commerciales dont la divulgation non autorisée est susceptible de nuire aux intérêts de l'entreprise qui les possède.

Comme le précise l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), l'objet des secrets d'affaires doit donc être défini au sens large et inclure les méthodes de vente, les méthodes de distribution, les profils des consommateurs, les stratégies publicitaires, les listes de fournisseurs et de clients et les procédés de fabrication.

Il est en effet plus que légitime de vouloir protéger les informations commerciales stratégiques de toute sorte, (processus de fabrication ou de décision, organigramme, savoir-faire ou technique particulière de marketing,

ou encore liste des clients, des fournisseurs, des salariés, etc.) qui n'ont jamais eu autant de valeur en cette période où beaucoup sont confrontés, parfois sans le savoir, à des risques d'espionnage industriel et d'une véritable «guerre» économique.

Pourtant cet actif si sensible n'est pas suffisamment identifié et pas toujours bien protégé par le droit.

Si aux Etats-Unis, la violation du secret d'affaires est une infraction particulière, protégée en tant que telle par le *Cohn Act*, en France ou en Europe, on doit s'appuyer sur un ensemble disparate de protections conférées par le droit de la Propriété Intellectuelle, les infractions pénales spécifiques comme les intrusions ou le piratage informatiques, le vol de données, ou encore les règles générales du Code Civil qui sanctionnent les pratiques déloyales de concurrence, les pratiques abusives ou mensongères.

Les entreprises peuvent et doivent mieux protéger leurs secrets d'affaires, le management de l'information en interne, tout autant que la protection des atteintes extérieures et des usages non consentis par des concurrents de données stratégiques pour son activité, constituent un devoir pour tout chef d'entreprise désireux de conserver l'avance stratégique de son entreprise. Toute information ou donnée commerciale de nature à conférer à l'entreprise un avantage concurrentiel mérite ainsi d'être étudiée et traitée comme un secret d'affaires.

Comme les outils et services informatiques qui protègent les réseaux, les procédés techniques ou méthodes d'intelligence économique qui permettent de former et sensibiliser les salariés et de leur apprendre des gestes simples ou des comportements de discrétion qui apporteront beaucoup à l'entreprise, il existe, en matière juridique, certaines précautions à prendre.

En premier lieu, s'assurer du bénéfice direct que la loi procure à certains droits immatériels.

Il en est ainsi des créations protégées par le droit de la propriété industrielle, comme les brevets, les marques, les modèles. Dans la plupart des pays, des formalités simples de dépôt ou d'enregistrement permettent de s'assurer de façon efficace un droit de propriété opposable pour ces actifs immatériels créés ou commercialisés par l'entreprise.

Rappelons également que le droit d'auteur (ou le *Copyright* dans le droit anglo-saxon), protège souvent sans dépôt ni enregistrement préalable, les créations littéraires ou artistiques mais aussi les logiciels ou certaines créations commerciales ou publicitaires, sous réserve de pouvoir en démontrer l'originalité, ou l'innovation.

La protection accordée au producteur de bases de données, c'est-à-dire celui qui investit dans la création et la constitution de la base, ne doit non plus être négligée.

Au-delà de ces protections statutaires, l'utilisation de clauses contractuelles particulières s'avèrera nécessaire.

Au niveau même des statuts des sociétés ou des accords entre les actionnaires, l'usage de dispositions contractuelles visant à réglementer l'entrée ou les pouvoirs de nouveaux actionnaires ou des clauses de non concurrence feront utilement progresser la protection contre le risque de fuite d'information ou divulgation de savoir-faire sensible.

L'entreprise pourra ainsi recourir systématiquement à des clauses de confidentialité, avec ses salariés, comme avec ses prestataires ou encore mettre en place un règlement intérieur contenant des règles d'utilisation des données de l'entreprise ou des outils informatiques, particulièrement sensibles au risque d'espionnage. Par la mise en place d'une charte informatique par exemple, l'on peut s'assurer que les salariés apprendront à mieux connaître et à gérer les risques.

Dans le cadre des discussions commerciales avec des tiers, dès le stade des pourparlers, c'est-à-dire avant même toute discussion ou conclusion d'un quelconque accord commercial, il est d'usage de faire signer à ses interlocuteurs ou partenaires des engagements de confidentialité (plus connu sous

l'acronyme anglais NDA, comme « *Non divulgation agreement* »).

Pour des négociations importantes, il peut aussi être recommandé de tenir les discussions par l'intermédiaire de professions réglementées soumises à une obligation de secret professionnel (Notaire ou Avocat par exemple).

Dans les accords commerciaux enfin, des clauses de bonne foi, de non concurrence ou de confidentialité, des clauses d'alerte ou de rendez-vous en cas de difficulté ou encore des clauses dites « pénales » sanctionnant financièrement et préventivement certains comportements sont de nature à protéger efficacement l'usage indélicat des secrets d'affaires échangés dans le cadre de l'exécution de ces contrats.

Vers la mise en place d'une protection légale du secret d'affaires.

D'où l'idée de faire entrer dans le droit positif français une véritable protection légale du secret d'affaires. Le dernier projet en date, celui du député Bernard Carayon en 2009, visait ainsi à créer une infraction pénale qui

sanctionnerait la révélation ou l'utilisation non autorisée d'une information à caractère économique protégé.

Quelle qu'en soit la teneur ou les contours, on voit bien qu'il devient nécessaire pour le droit d'appréhender la réalité nouvelle des activités d'une entreprise dans un environnement dématérialisé et donc de reconnaître que les informations, les savoir-faire, les procédés et les manières de travailler sont autant de ressources qui participent à la richesse d'une entreprise, autant que ses actifs matériels ou financiers.

En ces temps de concurrence globale élargie et diffuse, il serait dommage de laisser trop longtemps passer l'opportunité d'une meilleure protection du patrimoine immatériel des entreprises. ■

STEFAN MONAGHAN-DARCEL

Punir le délit d'initié réduit-il vraiment l'asymétrie d'information dont est victime le « petit porteur » sur le marché financier?

L'indice boursier français de référence, le CAC 40, a chuté de 21,85% entre le 22 juillet et le 11 août 2011¹. Cette déroute boursière, caractérisée par une série inédite de onze séances consécutives de baisse, s'explique notamment par l'inquiétude d'investisseurs abandonnés à des indicateurs économiques décevants et un contexte économique morose. En concomitance, certains fonds d'investissement ont connu des gains exceptionnels. A titre d'exemple, le fond Bridgewater Associates a gagné 3,5 milliards de dollars en l'espace d'une semaine². La très forte volatilité des marchés contribue à souligner l'importance d'une information précise et exacte pour des investisseurs en quête de repère. Celui qui sait peut choisir, et surtout, anticiper.

Pour des raisons diverses et variées, tant morales qu'économiques, les initiés ne sont pas autorisés à échanger des titres sur la base d'informations ignorées par le grand public. Combien de fois le jeune stagiaire en cabinet d'avocat s'est-il vu répéter que les informations recueillies dans le cadre d'un

projet d'offre publique d'achat ne devaient en aucun cas être partagées, ou ne seraient-ce qu'être lues dans le métro ou le train ? D'ailleurs, la sanction est de taille : le délit d'initié est passible de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce dernier chiffre jusqu'au décuple du montant éventuellement réalisé et sans que l'amende puisse être inférieure à ce profit³.

Trois grandes catégories d'investisseurs peuvent être distinguées sur un marché financier : les initiés, les investisseurs institutionnels ou professionnels du marché, et le grand public ou « petits porteurs ».

Sont considérés comme « initiés » les dirigeants sociaux ou assimilés par référence à l'article L 225-209 du Code de commerce, et plus largement, les personnes disposant, à l'occasion de « l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives d'évolution d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier

1 Les Echos, « Cinq repères pour comprendre cette chute des Bourses », 11 août 2011.

2 Wall Street Journal, « As Stocks Slide, Investors Scramble », 11 Août 2011.

3 Article L 465-1, Code monétaire et financier.

admis sur un marché réglementé »⁴. L'initié est celui qui détient l'information privilégiée. Cette dernière « est une information précise qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers qui leur sont liés »⁵. Le coût de transaction de l'initié est nul. L'information est pour lui gratuite et parfaite. Surtout, l'information que l'initié détient est destinée à être divulguée ou utilisée s'il veut en bénéficier à coup sûr.

Ensuite viennent les investisseurs institutionnels, dits « qualifiés ». Par investisseurs institutionnels ou professionnels du marché, comprenons les personnes ou entités qui disposent des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers⁶. Sont notamment assimilés à cette catégorie, dans cet article, les banques, fonds communs de placement gérés par une société de gestion agréé par

l'Autorité des Marchés Financiers, les « hedge funds », les « mutual funds », les fonds de pension, les compagnies d'assurance et tout autre investisseur averti au sens de l'article 411-2. Ces investisseurs gèrent des portefeuilles suffisamment conséquents pour rechercher une information précise et exacte. Réduire l'asymétrie d'information leur est essentiel pour d'une part améliorer leurs chances de profit et d'autre part pour anticiper les besoins de liquidité des autres agents économiques. Nous assumons que la liquidité est le critère le plus important pour tout investisseur : sans liquidité, l'investisseur ne peut vendre, et ne peut donc réaliser de profit (ou de perte). Pour le professionnel du marché, l'information n'est donc pas gratuite mais le coût de transaction associé demeure maîtrisable. A long terme, il lui est plus profitable d'acheter et d'amortir l'information puisque cette dernière augmente la probabilité de réaliser un profit. Etant donné l'importance des volumes échangés, ces investisseurs sont sensibles à toute augmentation du coût de transaction engendré par la recherche d'une information précise et exacte.

Enfin, reste l'investisseur commun, le petit porteur, « le boursicotier ». Souvent un particulier, cet individu investit essentiellement sur des valeurs éligibles au Plan d'Épargne d'Action ou au Service de Règlement en Différé, tentant de combiner optimisation

4 Mémento Pratique Francis Lefebvre, Société Commerciale, 2011, p. 986, n°64560.

5 Article 621-1, Règlement général de l'AMF au 28 juillet 2011

6 Article L 411-2, Code monétaire et financier.

fiscale, effet de levier et surtout, garantie de liquidité. Etant donné la faiblesse des volumes investis, il est trop onéreux pour cet investisseur d'acheter l'information disponible dans les milieux professionnels. Le coût de transaction engendré par l'obtention de l'information est pour lui disproportionné au regard des bénéfices attendus. L'information achetée ne serait que trop difficilement amortissable. En conséquence, l'asymétrie d'information est telle que le petit porteur adopte une stratégie « d'achat et d'attente » : son investissement s'inscrit dans une perspective de moyen à long terme dont le but est de récolter les éventuels dividendes perçus en vue de les réinvestir. Si la liquidité est importante, elle ne l'est pas autant qu'aux yeux des investisseurs institutionnels.

Même si un petit porteur souhaitait – et pouvait – acheter l'information disponible parmi les professionnels, cela serait peu efficace. En effet, les investisseurs institutionnels, constitués d'analystes expérimentés, peuvent traiter et recouper l'information plus rapidement et plus efficacement que le petit porteur. Ainsi, à information égale, le particulier sera toujours en position de faiblesse. Le petit porteur perdra presque toujours en échangeant des titres

avec l'investisseur institutionnel puisque ce dernier ne s'attachera qu'à acheter les positions sous-évaluées.

L'entrée de l'initié sur le marché financier bouleverse la dualité « particulier – investisseur institutionnel ». Tout comme les professionnels du marché seront systématiquement en mesure d'engendrer un profit dans leurs transactions avec les investisseurs mal informés (i.e. : les investisseurs particuliers), les initiés auront toujours l'avantage dans leurs transactions avec les professionnels du marché.

En effet, l'initié obtient son information de manière anonyme et bon marché par un tiers, dans l'exercice de ses fonctions par exemple. Les professionnels du marché ne peuvent distinguer à coup sûr l'initié du petit porteur, et donc discriminer les initiés en leur exigeant des frais financiers plus importants en vue de compenser d'éventuelles pertes provoquées par l'asymétrie d'information. En conséquence, les professionnels du marché auront tendance à faire payer plus sur les marchés où les initiés sont nombreux.

De la sorte, les investisseurs institutionnels sont en mesure de compenser les pertes en-

courues dans leurs échanges avec les initiés grâce à des profits plus élevés avec les investisseurs mal informés.

A ce stade, il semble que punir l'initié soit la solution la plus appropriée pour améliorer l'efficacité du marché, et donc réduire le coût de transaction des investisseurs institutionnels d'une part et des petits porteurs d'autre part. Cette conclusion serait exacte à condition que la hausse du coût de transaction subie par les petits porteurs, et dans une moindre mesure par les professionnels du marché, soit exclusivement provoquée par les transactions effectuées par les initiés. Or, rien n'est moins sûr : la disparition des initiés ne garantit pas un coût de transaction futur plus faible pour le petit porteur. Il est plus probable que les professionnels du marché, dont la capacité de traitement de l'information n'est plus concurrencée par les initiés, conservent des tarifs élevés et augmentent leurs profits.

En résumé, les différents investisseurs se répartissent inégalement au sein d'une pyramide. Au sommet, les initiés bénéficient rapidement de l'information la plus précise et de première main. Cet accès inégalé leur permet de traiter l'information le plus efficacement possible. Ensuite viennent

les professionnels du marché. L'expertise des équipes structurant ces investisseurs institutionnels leur permet de rechercher l'information de manière relativement efficace et rapide, à un coût abordable. Enfin, en bas de la pyramide, se trouvent les petits porteurs. Le volume échangé par ces investisseurs est trop faible pour entreprendre une amélioration significative de leur capacité de traitement de l'information. Ce coût trop élevé contribue à accroître l'asymétrie d'information dont sont victimes les petits porteurs.

Interdire les transactions par les initiés revient à avantager les professionnels du marché, sans contrepartie pour les petits porteurs ou les initiés. Seuls les professionnels du marché seront en position de capitaliser sur les bonnes entreprises. Si la situation d'une entreprise est mauvaise, les investisseurs institutionnels pourront vendre leurs positions, surévaluées, à des petits porteurs ignorant la situation réelle de l'entreprise.

Les petits porteurs – seuls véritables actionnaires – sont donc perdants dans leurs transactions, que ce soit avec un initié ou un professionnel du marché. A priori, peu importe la personne à l'autre bout de la transaction, l'échange étant de toute ma-

nière défavorable au petit porteur. En réalité, cette conception est erronée. Autoriser l'initié à échanger des titres sur la base d'informations recueillies au cours de ses fonctions permet de limiter toute potentielle hausse de salaire exigée par ce même initié à son entreprise. Effectivement, l'initié, sur la base d'informations privilégiées, aura effectué un profit, ce qui n'aurait pas été le cas en présence de dispositions législatives et réglementaires contraires. L'initié est donc moins tenté d'exiger à son entreprise une augmentation de salaire, complément d'un éventuel profit manqué sur le marché⁷. Le petit porteur, en tant qu'actionnaire, bénéficie de cette situation : des charges salariales maîtrisées permettent un profit plus élevé à l'entreprise, et donc un dividende plus important à l'actionnaire.

Or, en interdisant l'initié d'échanger des titres, les petits porteurs, en tant qu'actionnaires de l'entreprise, ne bénéficient d'aucune contrepartie. Les professionnels du marché, étant en position de supériorité,

n'ont aucun intérêt à diminuer leurs tarifs et donc le coût de transaction des petits porteurs.

Sur la base d'hypothèses empruntées de l'analyse économique du droit, interdire l'initié d'échanger des titres ne contribue pas automatiquement à réduire l'asymétrie d'information, et donc le coût de transaction de l'investisseur lambda. L'instauration généralisée d'un « délit d'initié » ne profite pas systématiquement à l'investisseur mal informé. ■

7

Haddick et Lacey, « Regulation on Demand », p. 1463

CONFÉRENCES

CONFÉRENCE DU 10 FÉVRIER 2011 À SCIENCES PO

Charte de déontologie boursière : quelles sont les pratiques des sociétés cotées ?

Conférence animée par Guillaume Sarraz de Tramezaigues,
responsable pédagogique du master Finance et Stratégie de
Sciences Po

PriceWaterhouseCoopers, Sciences Po Master Finance et
Stratégie, Association des étudiants du Master Finance et
Stratégie de Sciences Po, Autorité des Marchés Financiers

Cette conférence s'est tenue au début de l'année 2011 dans le but d'approfondir davantage une question toujours plus d'actualité : la déontologie boursière des sociétés cotées. Là encore on retrouve la dichotomie qui anime tout particulièrement ce numéro entre d'une part le monde des affaires ainsi que tous les préjugés qui l'entourent, et d'autre part, le nécessaire maintien voire la mise en place d'un seuil d'éthique au sein de ce même monde.

Trois temps sont à retenir dans cette conférence.

En premier lieu, PwC a présenté les résultats de son étude effectuée en partenariat avec le master Finance et Stratégie de Sciences Po dont le but était d'analyser en détail les pratiques des sociétés cotées sur la base de données chiffrées afin d'en tirer un bilan concret.

Par la suite, la mise en œuvre de ces pratiques a été présentée à l'échelle d'une de ces sociétés, VEOLIA par son directeur juridique, Jean-Baptiste Duchateau.

Enfin, l'AMF, acteur éminent dans ce débat,

a également pu s'exprimer à travers la voix de son secrétaire général adjoint, Benoit de Juvigny.

Bien évidemment la Revue des Juristes de Sciences Po était présente pour vous refaire vivre la conférence comme si vous y étiez !

I. BILAN DE L'ETUDE REALISEE PAR PWC ET LES ETUDIANTS DU MASTER FINANCE ET STRATEGIE DE SCIENCES PO

Le bilan a été présenté par Guillaume Sarraz de Tramezaigues, directeur du master Finance et Stratégie de Sciences Po, ainsi que Thierry Charron et Elodie Fornas, tout deux membres du département « Marchés de capitaux » chez PwC.

Ils ont tout d'abord insisté sur le fait qu'aujourd'hui, les sociétés cotées ont des obligations, notamment réglementaires, de communiquer sur le marché, les stratégies ou encore les décisions d'investissement. En bref, elles doivent être transparentes sur tout ce qui peut avoir une influence sur les investisseurs.

Or, qui dit communication dit aussi risque d'erreurs pouvant être dommageables pour l'entreprise et ce, sur de nombreux points (économiques, financiers, sans oublier le risque d'image et de réputation...).

Les sociétés ont donc un intérêt évident à s'organiser en interne pour une parfaite maîtrise de la communication.

Dans ce contexte, il paraît alors nécessaire de mettre en œuvre des procédures pour sensibiliser les salariés et les membres des organes de gouvernance

A. Qu'est ce qu'une charte de déontologie boursière ?

« Charte de déontologie boursière » est un terme qui pourrait être remplacé par ceux de « code d'éthique », ou encore de « charte de l'administrateur »...

Le but de cette charte est d'imposer un devoir d'information (sauf s'il y a un intérêt légitime à ne pas le communiquer), mais elle prône également un devoir d'abstention.

L'initié aura un devoir d'abstention de communication à un tiers, recommandations à des tiers et de transaction sur titres dès lors qu'il s'agit d'une information privilégiée. L'information privilégiée peut être caractérisée par sa précision, sa non publicité, son influence sensible sur le cours et par le fait qu'elle pourrait avoir une influence directe ou indirecte sur l'émetteur ou les titres.

B. Pourquoi les chartes sont-elles importantes ?

L'enjeu est la maîtrise du canal de communication entre l'entreprise et le marché financier.

Cependant, il y a deux principaux risques sur le marché contre lesquelles les chartes vont précisément lutter.

Le défaut ou la mauvaise information du marché d'une part. Il y aura possibilité de différer la communication uniquement si :

- la société y trouve un intérêt légitime;
- cela n'induit pas le marché en erreur;

-la société assure la confidentialité de l'information.

D'autre part, les manquements et les délits d'initiés représentent un second risque. Dans ces cas, il y aura sanction médiatique immédiate (impact sur l'image de la société) ainsi que des sanctions légales et réglementaires (AMF, juridictions pénales).

Cette étude réalisée par PwC en partenariat avec le master Finance et Stratégie de Sciences Po s'est basée sur un échantillon de 80 sociétés : celle du CAC 40 et les 40 capitalisations suivantes (que l'on surnomme aussi les « next 40 »). Les deux supports analysés sont le site internet des sociétés et le document de référence 2009.

Trois axes d'analyses ont été choisis :

- La publication de règles de bonne conduite liées à la cotation ;
- Les mesures de sécurisation de l'information privilégiés ;
- Les règles relatives aux transactions sur titres.

(1) Les règles de bonne conduite liées à la cotation

i) 66% des sociétés de l'échantillon les publient

Les résultats sont les suivants : 69 sociétés ont établi des règles internes en matière de déontologie boursière mais seules 53 les communiquent.

ii) Une communication adaptée aux différents initiés

14 sociétés ont à la fois un document destiné à tous les collaborateurs et un document destiné aux mandataires sociaux.

(2) La sécurisation de l'information privilégiée

i) Un devoir d'abstention parfois abordé de façon partielle

Le devoir d'abstention des initiés est assez présent chez les sociétés. En effet, 52 sociétés rappellent le devoir d'abstention qui incombe aux initiés. Mais seules 25 sociétés mentionnent les 3 devoirs d'abstention du Règlement Général de l'AMF. La notion d'abstention est donc abordée avec un degré de précision variable selon les sociétés.

D'autre part, il faut préciser que 9 sociétés ne caractérisent pas ce devoir d'abstention

et 4 sociétés l'abordent uniquement par la notion de secret professionnel.

ii) Cette notion n'est pas toujours explicitée

33 sociétés définissent l'information privilégiée mais seules 12 d'entre elles reprennent les 47 critères de la définition de l'article 621-1 du RG de l'AMF.

Les autres reprennent 2 (14 sociétés) ou 3 (7 sociétés) de ces critères :

- Non publique : 100% ;
- Influence sensible sur le cours : 100 % ;
- Information précise : 15 % ;
- Directement ou indirectement sur émetteur ou titres : 15 %.

8 sociétés mentionnent explicitement que l'information peut porter sur un émetteur extérieur au groupe.

12 sociétés illustrent la définition par des exemples. 10 sociétés le font dans les documents à destination de l'ensemble des collaborateurs, 2 à destination des mandataires sociaux.

iii) 21 déontologues ont été recensés

Un référent est parfois mentionné par les sociétés : 38 sociétés mentionnent les personnes à contacter en cas de question sur les règles décrites. Chez 17 d'entre elles, plusieurs personnes sont identifiées.

iv) Des cercles d'initiés plus ou moins larges

Lorsque les sociétés déterminent le périmètre des initiés, on remarque que ce cercle est assez variable. Pour 30 sociétés, le périmètre couvre l'ensemble des collaborateurs. Pour 5 d'entre elles, il s'agit des cadres dirigeants, et pour 18 sociétés, ce périmètre est également formé par les mandataires sociaux. Ces 18 sociétés ont une approche de protection car elles estiment que tout le monde peut potentiellement être détenteur d'une information. Il est en effet important de ne pas avoir des initiés qui s'ignorent. Seules 10 sociétés précisent comment les initiés sont informés de leur statut.

v) Peu de sociétés communiquent sur leurs listes d'initiés

Seules 14 sociétés indiquent tenir des listes d'initiés. 8 d'entre elles précisent les per-

sonnes responsables de leur mise à jour. Dans 4 sociétés, le statut est signalé aux initiés par la remise du code. 2 sociétés précisent qu'il est de la responsabilité des collaborateurs de se renseigner sur leur statut en cas de doute.

vi) Un tiers des sociétés présente ses porte-paroles

Seules 17 sociétés indiquent les personnes habilitées à donner des informations au marché financier par voie de presse ou tout autre média. Il s'agit du président (59 %), du directeur de la communication (35%), des « personnes habilitées » sans autre précision (35%), du DG ou DGD (29%), de la direction financière (18%), du mandataire social (18%), de la communication financière (12%) et enfin de la direction RH (6%).

(3) Règles relatives aux transaction sur titres

i) Rappel quasi-systématique du devoir d'abstention

Toutes les sociétés sauf 3, mentionnent cette interdiction. 23 sociétés précisent qu'elle est

applicable à tout titre coté auquel se rapporte l'information privilégiée.

ii) Des fenêtres négatives variables selon les sociétés

43 sociétés mentionnent des fenêtres négatives, périodes durant lesquelles toute transaction sur les titres est interdite aux initiés. Ce sont :

- Des périodes précédant les résultats annuels et semestriels : 91 % ;
- Des périodes précédant les résultats annuels, semestriels et CA trimestriels : 63 % ;
- De toute période de détention d'information privilégiée (rappel du principe de base) : 37 % ;
- Des périodes non précisées : 9%.

Les fenêtres s'étendent de 15 à 45 jours précédant chacune des publications périodiques. 13 sociétés indiquent établir un calendrier annuel des fenêtres négatives. 2 d'entre elles publient ce calendrier annuel. Une société mentionne l'existence de mandats de gestion déléguée.

iii) Peu de sociétés demandent à être informées en amont

Avant la transaction : c'est le cas de 9 sociétés. Il s'agit d'une information du déontologue, du secrétaire général ou du directeur juridique selon les sociétés. Cette déclaration doit se faire de 6 jours à 1 jour avant la transaction envisagée. Après la transaction elles sont 34 à solliciter une obligation déclarative.

Rappel des obligations déclaratives :

- La déclaration à l'AMF est obligatoire dans les 5 jours de la transaction
- La déclaration doit envoyer une copie à la société. L'AMF la communique au marché.

Le résultat de cette étude a permis de déduire le bilan suivant :

- La majorité des 80 plus grosses capitalisations boursières communiquent sur leur déontologie boursière mais les modalités et le niveau de détail de cette communication sont hétérogènes ;

- Une approche moins mature que les pays anglo-saxons où les règles de marché sont plus prescriptives que le guide AMF de novembre 2010 ;

- Dans le contexte actuel, l'analyse, la compréhension, une capacité de prescription et de communication sont les principaux moyens de sécuriser l'information privilégiée.

Cet exercice difficile revêt un enjeu fort principalement pour la protection de la société et des individus, et pour la valorisation du titre.

II. LA MISE EN PRATIQUE : L'EXEMPLE DE VEOLIA ENVIRONNEMENT

A travers le témoignage de Jean-Baptiste Duchateau, Directeur juridique Droit des Sociétés et Droit boursier du groupe VEOLIA, il nous est présenté les dispositifs en place dans le groupe.

Veolia Environnement est une multinationale française, leader mondial des services à l'environnement, spécialisée dans différents domaines auparavant gérés par des services publics : eau, déchets, énergie et transport.

L'entreprise étant cotée à la bourse de Paris ainsi qu'à la bourse de New York, elle se voit

appliquer les règles américaines en plus des règles européennes.

Cette société a comme dispositif concernant la déontologie boursière deux principaux instruments : un code de conduite sur titres qui s'applique à tous et qui est intégré dans une charte plus large, ainsi qu'un règlement intérieur du conseil qui fait des nombreux renvois à ce code de conduite.

En amont, il existe d'autre part au sein de Veolia des procédures relatives aux précautions de communications (pour identifier les informations privilégiées et encadrer la communication de la société), les caractéristiques du code de conduite sur titres ainsi que la définition de l'initié et l'information privilégiée.

Le code prévoit une obligation d'abstention applicable à tous dès lors qu'il y a connaissance de l'information. Il s'agit d'une obligation large.

En matière d'opérations sur titres, la politique de Veolia est la suivante :

- Fenêtres négatives liées aux comptes
- Fenêtres négatives liées à une information privilégiée

- Opérations non interdites même en période de fenêtre négative : levée simple de stock option

Il existe également des cas particuliers des déblocages anticipés prévus par le code de Travail.

VEOLIA a mis aussi en place des mesures complémentaires (relatives par exemple à l'obligation de conservation applicable au stock option...).

Le code de conduite est plutôt respecté en pratique, et VEOLIA a aussi établi des listes d'initiés permanents et occasionnels lorsqu'il y a la préparation des comptes et en cas d'information privilégiée.

III. PRESENTATION DU GUIDE RELATIF A LA PRESENTATION DES MANQUEMENTS D'INITIES

Enfin, Benoit de JUVIGNY, Secrétaire général adjoint en charge de la direction des émetteurs de l'AMF, est également intervenu pour présenter le guide relatif à la présentation des manquements d'initié.

Il insiste en premier lieu sur la difficulté encore très présente aujourd'hui de qualifier l'information privilégiée (notamment le critère d'influence de fluctuation du cours est très flou).

Il a par la suite mis en perspective les principes déontologiques essentiels ainsi que les mesures préventives dont l'AMF recommande la mise en œuvre. Le respect de ces principes permettra une meilleure prévention des manquements d'initiés, il est nécessaire d'informer et de former toutes les personnes susceptibles d'être concernées, il faut désigner un déontologue et codifier les obligations.

Benoit de Juvigny exprime la réelle volonté de l'AMF de protéger les informations privilégiées et de limiter le nombre de personnes y ayant accès, ainsi que l'importance de définir des périodes de fenêtres négatives.

Il s'est également exprimé sur les mandats de gestion.

L'AMF recommande la mise en place de mandats de gestion programmée très encadrés qui permettent de bénéficier d'une présomption simple de non commission d'un manquement d'initié sauf violation des règles du mandat.

A l'issue de cette conférence, il ressort encore une fois de l'importance manifeste de la prise en compte de l'éthique et de la morale dans le monde des affaires. Mais même si les résultats ne sont pas encore à la hauteur des espérances fixées, il est certain que cette problématique ne va cesser de s'accroître, et on peut à coup sûr parier que les chartes de déontologies boursière vont se généraliser et se multiplier dans les années à venir. ■

ÉCOLE DE DROIT

RENCONTRE

Présentation de la nouvelle spécialité « Entreprises, Marchés et Régulations »



Rencontre avec Jean-Pascal Chazal
Professeur à Sciences Po
Directeur de la spécialité de M2 « Entreprises,
Marchés, Régulations »

L'année 2011 semble, plus encore que les précédentes, remettre en question ce qui semblait pourtant bien établi et surtout la puissance des Etats : face à la nature (Japon) ; face aux peuples et aux réseaux internet (Maghreb Proche Orient) face aux marchés financiers (crise de la dette souveraine).

Ca y est, nous y sommes, c'est la rentrée ! Et comme le veut la tradition, vient avec elle un certain nombre de nouveautés... Les masters de Sciences Po n'échappent pas à la tradition, et c'est ainsi que la spécialité M2 « Entreprises, Marchés et Régulations », également connue sous le diminutif « EMR », a été légèrement remise à neuf...

La Revue des Juristes de Sciences Po a alors rencontré le directeur de la spécialité, JP Chazal, afin d'en savoir plus sur cette nouvelle spécialité qui remplace l'ancienne 'DMR', Droit des marchés et de la Régulation, et de présenter les points marquants de cette petite nouvelle à Sciences Po.

Une volonté d'élargir la formation

Cette volonté se traduit en premier lieu par ce changement de nom. La substitution DMR par EMR, au pluriel de surcroît, permet de promouvoir plusieurs conceptions de la régulation.

L'idée fondamentale qui se cache derrière cela est la volonté de recentrer la maquette sur l'entreprise. Cette étape va notamment passer par la création de cours comme ceux du droit du travail, droit fiscal, droit des les procédures collectives, droit de la distribution, ou encore droit de la concurrence,...

En effet, il semble que centrer trop essentiellement sur la régulation et les marchés comme le faisait la spécialité DMR auparavant était trop réducteur et n'offrait finalement pas une palette suffisante de la régulation, qui est au demeurant un concept large.

Ainsi, le but est donc cette année d'élargir l'éventail et de compléter la formation.

Une mise en pratique socratique

L'équipe pédagogique a vraiment voulu insister sur le fait qu'il n'y aura pas d'augmentation du volume horaire, cela étant rendu possible par le fait que certains cours ont été supprimés, notamment lorsqu'ils ont été jugés redondants (Cela était par exemple le cas pour le droit de la concurrence, enseigné en M1 puis aux deux semestres du M2).

Cette volonté de conserver un volume horaire raisonnable (environ 15h par semaine) s'explique par le travail personnel important qui est requis. Les cours interactifs sont un support à l'étudiant qui doit préparer ses cours à l'avance, faire ses lectures et l'intervenant répondra aux interrogations et problématiques éventuellement rencontrées en amont.

Eviter le déséquilibre de travail donné par les professeurs entre les différents cours va notamment permettre à l'étudiant de travailler davantage personnellement. Les professeurs éviteront alors de ramasser

aléatoirement les devoirs qui seront par la suite notés, mais vont plutôt remplacer cette formule par une méthode qui reposerait sur la base du volontariat (rendre un devoir sur proposition de l'étudiant).

La logique du tronc commun ne rentre donc pas dans cette optique, c'est la raison pour laquelle, même s'il n'a pas été supprimé, il sera désormais adapté à la spécialité de l'élève. On peut d'ailleurs citer pour exemple le tronc commun enseigné en septembre par JP Chazal qui portera sur la construction et la déconstruction des fondements du droit. Les élèves seront alors confrontés à des concepts juridiques comme ceux de l'application de la loi dans le temps, la notion de personne, celle de sources, ou encore les nombreuses fictions qui sont présentes dans l'étude du droit, pour en étudier les différents contours.

Une autre nouveauté concerne la création d'un « pool » de cours électif. Il y a là une réelle envie de donner le choix à l'étudiant dans un système fonctionnel, lui donner

la possibilité de se créer son programme « à la carte ». Ainsi, pour schématiser, il est possible d'affirmer que les étudiants de la spécialité EMR pourront finalement orienter leurs cours davantage en se centrant sur l'entreprise, le marché ou la régulation, et cela en fonction de leurs projets de carrières et/ou de leurs goûts.

Concernant l'effectif, il est difficile de le prévoir à l'avance mais l'année dernière, 45 étudiants faisaient partis de la promotion DMR 2011. Il y a une volonté dans tous les cas de favoriser l'interaction des cours avec des effectifs réduits en dédoublant les cours obligatoires.

Les intervenants

La quasi-totalité des enseignants sont des praticiens de très haut niveau parmi les plus grands dans leur spécialité. Les étudiants auront notamment la chance d'avoir en tant qu'intervenants Maillot et Chabert en droit des fusions acquisitions, mais aussi certains directeurs juridiques de grands groupes du CAC 40, ou encore des membres de l'Autorité des Marchés Financiers.

La qualité des intervenants est donc une pièce maîtresse de cette nouvelle spécialité.

Comment se situe cette spécialité par rapport aux autres du Master 2 Droit économique ?

C'est indéniablement la spécialité du droit des affaires qui est centrée sur l'entreprise, le marché et la régulation. On peut même aller plus loin en affirmant qu'il s'agit de celle qui correspond, aujourd'hui, aux besoins les plus larges du marché. C'est en tout cas celle qui offre les plus larges débouchés à Paris.

D'autre part, même si elle est plus portée sur le conseil que sur le contentieux, les étudiants pourront pratiquer les deux indifféremment.

Et après ?

De nombreux étudiants compléteront leur parcours par une année supplémentaire à la Faculté de Droit, non seulement pour poursuivre leur formation juridique mais également dans le but de rassurer les futurs employeurs, qui considèrent encore trop souvent que le passage par la faculté est un gage de qualité.

Il faut aussi préciser que cette spécialité ne constitue en rien une prépa barreau car, en

effet, le désir et le pari de former des juristes de haut niveau en deux ans nécessitent une formation intensive, à temps plein. Les élèves désireux de passer le barreau doivent donc le préparer de leur côté, tout au long de l'année puis avec l'aide d'une prépa au cours de la période estivale, ou s'y consacrer l'année suivant la fin de leur formation à l'IEP.

Concernant les débouchés, les étudiants diplômés pourront s'orienter dans les cabinets d'avocat (avec le choix du département de la concurrence, mais aussi corporate, procédures collectives...), les entreprises, sans oublier bien évidemment les autorités de régulation.

Quelques précisions sur le stage de fin de master...

Ce stage est d'une durée de deux à trois mois selon les échanges avec l'étranger et peut se faire en entreprise, en cabinet... Il se doit de présenter une cohérence d'ensemble avec le parcours et le projet de l'étudiant pour être validé par l'équipe pédagogique.

Chers étudiants de EMR, il semble que vous êtes désormais prêt pour commencer sereinement cette nouvelle année, au sein d'une spécialité de qualité remise au goût du jour, adaptés aux étudiants, et correspondant toujours plus aux besoins du marché.

Alors, bon vent et... bon travail ! ■

Propos recueillis par Julie Quais et Dorothée Brugère

Appel à contribution :

Droit et investissements internationaux

Entre crises financières et révolutions politiques, le monde du commerce international doit faire face à une instabilité chronique et réinventer en permanence de nouvelles façons de favoriser les échanges et le développement.

La Revue des Juristes de Sciences Po a donc choisi de s'intéresser au droit des investissements internationaux pour son prochain numéro. Seront abordés aussi bien des questions théoriques que des aspects pratiques, dont notamment :

- la nature et les sources du droit des investissements, les possibilités d'une régulation, les techniques contractuelles dérogratrices ou non au droit commun,
- les problématiques juridiques relatives à la transparence,
- des études de cas centrées sur un pays, une situation ou une entreprise, etc.
- et tous les sujets que vous nous proposerez en rapport avec ce thème.

L'aspect économique du droit des investissements sera évidemment aussi au sommaire de ce numéro.

Toutes les idées de contributions sont les bienvenues. Si vous souhaitez participer à ce numéro, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse suivante :

revue@ajsp.fr

Les idées de contributions doivent être envoyées avant le **1er novembre 2011**.

Les articles doivent être envoyés avant le **1er décembre 2011**.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons avec grand plaisir vos contributions.

Le Comité de Rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLOMÉS
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

ISSN 2111 - 4293

27 RUE SAINT GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : [HTTP://AJSP.FR](http://AJSP.FR)

- DIRECTEUR DE PUBLICATION :
ALEXANDRE KOENIG

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :
PIERRE SERVAN-SCHREIBER

- COMITÉ DE RÉDACTION :
DOROTHÉE BRUGÈRE, STEFAN MONAGHAN,
JULIE QUAIS

- RÉALISATION GRAPHIQUE :
DOROTHÉE BRUGÈRE