



DIRECTION JURIDIQUE

**Combien fait-elle gagner
à l'entreprise?**

PERSONNE MORALE

**La représentation
en justice**



**PÉNALISATION DU DROIT
DE LA CONCURRENCE :**
**la découverte d'une nouvelle
voie procédurale**



Meet laW c'est quoi ?

Meet laW est une plateforme qui permet aux professionnels et aux particuliers de **prendre un rendez-vous en ligne avec un avocat**.

Vous disposez, en tant qu'avocat de votre propre espace personnel, **totalelement paramétrable**.

Depuis le tableau de bord, vous gérez vos disponibilités, vos rendez-vous ou et les informations de votre profil Meet laW visible sur le site Internet.

Meet laW pourquoi ?



La profession d'avocat évolue et les attentes des justiciables aussi. Meet laW répond aux nouveaux comportements des internautes en quête de disponibilité, de réactivité et de transparence. Cette solution permet aux cabinets d'avocats de digitaliser la relation client.

A la fois outils d'organisation et levier d'acquisition, Meet laW est un accélérateur de croissance pour les avocats

Bertrand Pigois, directeur

Les avantages Meet laW



Gagner du temps de secrétariat



Stopper les RDV non honorés



Être disponible 24/7



Développer sa clientèle



Meet laW

contact@meetlaw.fr
04 99 53 21 97

www.meetlaw.fr

Les chiffres clés

Depuis janvier 2019

63 100

visites sur
Meet laW

40 300

recherches
d'avocats



3 126
rendez-vous
confirmés

Sommaire

ÉCLAIRAGE

4 Directeur juridique, le business partner est devenu influenceur

En 25 ans, le métier de directeur juridique a connu de profondes transformations. C'est ce qu'Olivier Chaduteau, associé fondateur de Day One, a appelé dans son livre « la mue des directions juridiques » qui s'est accompagnée « d'un changement de paradigme du droit dans l'économie ».

10 Combien la direction juridique fait-elle gagner à l'entreprise?

Les directeurs juridiques aspirent de plus en plus à avoir un rôle décisif dans l'entreprise et veulent entrer au Comex, voire au Codir. Mais pour cela, ils doivent pouvoir démontrer qu'ils font gagner de l'argent à l'entreprise. Quelle stratégie mettre en œuvre?

12 Personne morale en procès, cherchez la personne physique...

« Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale. » À cet aphorisme de Léon Dugué, le Pr Jean-Claude Soyer répondait : « Moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition. »

TRIBUNE

15 Hack back : une cyber légitime défense?

LES DÉBATS LJA

16 Pénalisation du droit de la concurrence : la découverte d'une nouvelle voie procédurale



Par ordonnance de 1986, le droit de la concurrence a été dépénalisé. Demeure cependant, à l'article L420-6 du Code de commerce, une incrimination visant les personnes physiques ayant pris une part active à la réalisation d'une entente ou d'un abus de position dominante. Si le texte a historiquement connu très peu d'applications, force est de constater depuis quelques mois une rupture avec les pratiques de l'Autorité de la concurrence. Le rapporteur général de l'Autorité expliquant même récemment que « l'enquête pénale présente certains avantages qui renforcent l'efficacité de l'action de l'Autorité, sans nuire aux droits de la défense ».

INTERVIEW CROISÉE

31 Vers une pénalisation accrue du droit de la concurrence : quelles conséquences?

PORTRAIT

34 Derains & Gharavi : tradition et diversité

38 Emmanuelle Henry, la discrète



Le magazine

Édité par INFO6TM
Siège social: 137 quai de Valmy
75010 Paris
SAS au capital de 10 000 euros
RCS Paris 815 380 498

Supplément de la Lettre des Juristes d'Affaires. N° de commission paritaire: 0920 I 87011. Dépôt légal: à parution. ISSN: 1143 - 2594.

Président, Directeur de la publication: François Grandidier. Directeur de publication associé et Directeur des rédactions: Jacques Berlioz. Rédactrice en chef: Ondine Delaunay. Rédaction graphique: Pixel6TM (Louna Mayer). Journalistes: Pixel6TM (Anne Portmann), Floriane Bass, Olivia Dufour, Florence Henriot. Photographes: Mark Davies, Stéphanie Trouvé. Dessinateur: Maître Et Talons. Couverture: © Sergey Nivens - Adobe Stock. Editrice et responsable commerciale: Lucy Letellier (01 81 69 80 68 - l.letellier@info6tm.com). Pour s'abonner: 01 81 69 80 68.

Impression: Socosprint, 36 route d'Archettes, 88000 Épinal.

Origine géographique du papier: Espagne. Taux de fibres recyclées: 0,27 %.

Certification des fibres utilisées: PEFC. Indicateur environnemental: Ptot 0,01 kg/tonne.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresse de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 06/01/78, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de INFO6TM - Direction commerciale.



10-31-1260

Par Ondine Delaunay



Directeur juridique, le business partner est devenu influenceur

En 25 ans, le métier de directeur juridique a connu de profondes transformations. C'est ce qu'Olivier Chaduteau, associé fondateur de Day One, a appelé dans son livre¹ « la mue des directions juridiques » qui s'est accompagnée « d'un changement de paradigme du droit dans l'économie ». Aujourd'hui, le directeur juridique a un nouveau visage. Il est LE chef d'orchestre de la stratégie juridique de l'entreprise, LE pilote de l'ensemble des compétences juridiques et judiciaires internes et externes. Retour sur une montée en puissance exceptionnelle de la fonction avec trois anciens présidents du Cercle Montesquieu et la nouvelle élue.

Depuis vingt ans que les journalistes écrivent sur le sujet, l'expression est devenue un peu « tarte à la crème » mais elle n'en demeure pas moins représentative : le directeur juridique a terminé de descendre les marches de sa tour d'ivoire dans laquelle il était enfermé. À l'époque, les conseillers juridiques des présidents et les confidentes des directions générales étaient d'abord des avocats. Des membres du barreau à la carrière brillante, autant plaideurs que conseils, et au réseau bien fourni, comme

Jean-Michel Darrois, Jean-François Prat, Jean-Pierre Martel sans oublier Georges Terrier ou Jean Veil. Force est de constater que les temps ont changé. « *Aujourd'hui il est impensable qu'un avocat contacte le président de mon groupe sans me prévenir. C'est une marque de respect* », lance Nicolas Guérin, secrétaire général d'Orange et secrétaire du Conseil d'administration. Et pour lui, il ne s'agit pas d'une question de génération, mais plus simplement d'une nouvelle perception de la fonction. « *Ils ont intégré que le point*

ÉCLAIRAGE



Denis Musson

d'entrée du droit dans l'entreprise est la direction juridique. » C'est aussi parce que le directeur juridique a réussi à s'imposer au sein de son entreprise, à accroître sa visibilité en interne que les pratiques ont changé. « *Les PDG des grands groupes n'hésitent plus à reconnaître officiellement que le travail des équipes juridiques représente un avantage compétitif*, indique Yannick Chalmé, group general counsel de L'Oréal. *Il y a eu un changement de paradigme permettant au juriste d'être perçu différemment au sein de l'entreprise.* » Dans son ouvrage, Olivier Chaduteau considère que le directeur juridique est devenu « *le bras gauche de la direction générale, au même niveau que son bras droit, la direction financière* ». Mais cette comparaison avec la direction financière semble déranger les directeurs juridiques. « *Lorsque l'alchimie s'opère avec le président ou le directeur général, on est surtout le confident, car on n'est pas dans l'œil du pouvoir* », note Denis Musson, désormais conseiller externe d'Imerys après en avoir été longtemps directeur juridique et secrétaire du conseil. Nicolas Guérin ajoute : « *On est l'interface entre tous les membres du comité de direction. On n'est pas que le bras gauche du directeur général, mais aussi celui du DRH, du DAF, etc. C'est l'une des rares fonctions qui est partout, mais comme soutien, pas comme contrôle.* » Un point auquel il faut donc impérativement veiller, insiste Denis Musson : « *On exerce bien ce métier que quand on n'est pas dans la lutte de pouvoir. Sinon on ne se démarque plus des autres et on ne peut plus véritablement constituer ce liant au sein de la direction générale.* »

Très naturellement, le directeur juridique a trouvé sa place au sein du conseil d'administration. Il participe aux débats, en tant qu'invité ou comme secrétaire. Il a ainsi accès l'assemblée générale, à la présidence, aux administrateurs qui le perçoivent d'ailleurs comme un garde-fou, un rempart contre les dérapages ou les éventuels éléments cachés. « *Cette indépendance, qui est régulièrement mise en doute dans les grands débats sur l'avocat en entreprise, est au contraire ce que recherchent les entreprises dans nos profils* », constate Denis Musson.



Yannick Chalmé

LES 30 GLORIEUSES DES MÉTIERS DU DROIT

Ce changement de positionnement de la direction juridique au sein de l'entreprise s'est accompagné d'une nouvelle place du droit dans l'environnement des affaires. Globalisation et mondialisation ont porté la gestion des questions juridiques sur le devant de la scène. « *Nous sommes passés d'un monde du droit mené avant tout par le contentieux, à une explosion des contraintes réglementaires, de la conformité, de la data privacy, aujourd'hui de la RSE, qui placent la direction juridique au cœur des problématiques stratégiques de l'entreprise. Sans oublier les risques d'image et réputationnels sur lesquels nos services veillent quotidiennement* », note Yannick Chalmé qui considère que les métiers du droit sont en train de vivre leurs 30 glorieuses. Nicolas Guérin se rappelle : « *Quand j'étais jeune juriste, nous faisons avant tout du contrat et beaucoup d'écrits. Nous étions peu présents dans l'opérationnel. Aujourd'hui, le droit est devenu plus économique, plus pratique. Les juristes ont dû s'adapter rapidement pour devenir des business partners.* » Mais Laure Lavorel, directrice juridique de Broadcom, va même plus loin. Selon elle, « *on a dépassé l'étape du business partner car le directeur juridique ne fait pas qu'accompagner le business. Il n'est pas suiveur, il est influenceur, fabricant de valeurs* ». Cause ou conséquence, la perception du risque par l'entreprise a également accompagné cette mutation de la fonction. « *Pendant longtemps, l'entreprise cherchait le risque zéro. Désormais, elle est capable de vivre avec un risque acceptable du point de vue commercial. Dès lors, la place du directeur juridique est encore plus importante pour comprendre et évaluer la menace* », développe la nouvelle présidente. Et si le risque réputationnel n'est bien sûr pas acceptable, la menace de l'ac-

Notes

(1) *La direction juridique de demain*, Éditions Lextenso. 2014

ÉCLAIRAGE



Laure Lavorel

tion pénale est elle aussi en train d'évoluer. « *La pénalisation du droit des affaires a pour conséquence pour les entreprises de nouveau vivre avec ce risque auquel elles doivent s'y adapter. Accompagnés d'avocats, nous pouvons néanmoins tenter de le maîtriser* », témoigne le secrétaire général d'Orange. (cf. notre article p. 12 à 14).

LA RELATION AVEC LES AVOCATS

« *Ce changement de notre positionnement s'est aussi traduit par un travail en commun sur les dossiers entre les avocats et les juristes. Il n'y a plus de chasse gardée, nous travaillons en binôme* », poursuit Nicolas Guérin. Laure Lavorel ajoute : « *Même sur les contentieux, les avocats dépendent beaucoup de nous qui sommes plus spécialistes qu'eux sur certains aspects techniques des problématiques de notre secteur. Nous menons donc les litiges main dans la main.* » La qualité croissante des équipes internes de juristes a elle aussi tendance à pousser le traitement des dossiers vers le haut : les juristes et les avocats en deviennent plus efficaces. « *Les avocats n'envoient plus de notes de 20 pages sur une question ponctuelle. On obtient une réponse en quelques lignes, complétée ensuite éventuellement par une analyse détaillée* », raconte-t-elle. Car Yannick Chalmé tient à rappeler : « *Nous avons une vision d'ensemble des dossiers que les avocats n'ont pas. Nous cherchons chez eux une expertise juridique, mais elle ne peut pas être efficace sans notre connaissance du fond.* »

Sans aucun doute, les relations entre les deux métiers se sont équilibrées. Le sens de l'histoire est à un rapprochement, c'est presque inéluctable. Et les trois anciens présidents du Cercle Montesquieu le savent bien, eux qui ont travaillé d'arrache-pied chacun leur tour pour faire voter la réforme de l'avocat en entreprise. Denis Musson, tout particulièrement, qui durant son mandat a œuvré au rapprochement des positions entre le Cercle Montesquieu et l'AFJE pour porter



Nicolas Guérin

le projet. « *Les planètes étaient alignées, se souvient-il. La réforme était d'ailleurs portée par le jeune ministre des finances, Emmanuel Macron. Mais nous ne sommes malheureusement pas parvenus à aller au bout.* » C'est ensuite sous le flambeau de Nicolas Guérin que les conseillers justice des diverses entités de l'exécutif se sont plus ou moins alignés. Mais, selon les rumeurs de place, c'est notamment la direction des affaires criminelles et des grâces qui continuerait de s'opposer à la réforme. Sans oublier bien entendu les avocats qui ne sont jamais parvenus à s'accorder. Et la probabilité est forte pour qu'ils n'y arrivent d'ailleurs jamais. Pour la nouvelle présidente du Cercle, « *le rapport Gauvain a abordé de manière différente le sujet en le portant sur le plan international et le risque de compétitivité des entreprises françaises. Nous allons donc nous concentrer sur les promoteurs du projet que sont les dirigeants des entreprises et qui ont tous intérêt à ce que soit conféré aux juristes en entreprise le legal privilege* ». La question est d'autant plus urgente à régler à l'approche du Brexit. « *Nous devons rendre la France attractive en conférant le legal privilege aux juristes locaux* », martèle Denis Musson. Certains députés auraient d'ailleurs des pistes pour un texte, mais la réforme des retraites risque d'éclipser leur projet.

L'IMPACT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LA FONCTION

Si l'avenir du droit dans l'entreprise passe bien entendu par l'obtention du legal privilege par les juristes et par la reconnaissance du statut d'avocat en entreprise, l'impact des nouvelles technologies ne doit pas être éludé. « *Les legaltech vont totalement bouleverser notre fonction dans les dix prochaines années et, plus largement, l'industrie du droit. Il y a des outils qui existent sur le marché et nous les customiserons pour les adapter à nos besoins.* » Tout doit partir de la cartographie des risques, prévient le general counsel de L'Oréal, qui permet de faire le



tri entre les tâches, à moins fort enjeu, qui peuvent être automatisées et d'autres, qui nécessitent le traitement par un juriste expert. Il vise par exemple les 1 500 contrats annuels d'influenceurs pour lesquels il compte avoir recours à l'IA. *« Nous sommes en avance chez L'Oréal sur cette réflexion, explique-t-il. Nous avons débuté par les contrats, mais nous commençons également à gérer l'archivage par le recours aux nouvelles technologies. »* Le groupe Orange n'est pas en reste. Son secrétaire général explique que *« désormais, les conseils d'administrations de nos sociétés peuvent se passer entièrement sur tablettes, sans échange papier, sans déplacement et par signature électronique »*. Quelques cabinets d'avocats ont anticipé cette évolution du droit et proposent à leurs clients des services digitaux à la pointe. Les membres du Cercle visent notamment le cabinet Vogel & Vogel, mais aussi CMS Francis Lefebvre Avocats ou encore Allen & Overy. Mais Denis Musson s'interroge : *« Ces outils deviennent des acteurs à part entière, mais vont-ils faire du service ou juste offrir de la tech ? Les frontières restent mouvantes pour le moment et entraînent des questionnements importants comme le niveau de responsabilité... »*

Les directeurs juridiques sont néanmoins très conscients que l'avenir de leur service passera par leur capacité de profiter de ces nouvelles technologies. Ils doivent rester en éveil sur ce nouveau monde car les effectifs des équipes de juristes internes ne vont pas doubler dans les prochaines années. Ils doivent en outre rester attractifs, notamment pour recruter la fameuse génération Y qui ne veut plus travailler dans des grands groupes où elle se sent comme un numéro perdu au milieu d'une jungle. Les fonctions juridiques sont-elles toujours attirantes ? La question semble être au cœur des préoccupations des directeurs. *« Nous devons sans doute organiser des départements spécialisés pour gérer ces nouveaux outils »,* lance Yannick Chalmé. Ou développer de nouveaux métiers. Le legal operation manager par exemple, qui est une profession en pleine expansion en France. *« Elle est indispensable,*

je pense. C'est le bras droit du directeur juridique », poursuit ce dernier. Profil expérimenté, le legal operation manager est en charge du budget, du suivi de projet, du numérique... Eric Gardner de Béville, consultant international et membre du Cercle Montesquieu, expliquait récemment dans la lettre hebdomadaire de la LJA (cf. 1411) : *« Il vise à augmenter et améliorer à la fois l'efficacité et l'efficacé, c'est-à-dire les moyens et les résultats, de tous les éléments qui composent la direction juridique. Dans certains cas il s'agira d'optimiser, par exemple les personnes, les consultations et la technologie. Dans d'autres, il faudra au contraire rationaliser, c'est-à-dire réduire, par exemple les risques, les budgets et les prestataires externes. »* Nicolas Guérin nuance un peu les louanges sur la fonction : *« Ce type de profil est très cher pour un service juridique. Nous avons donc décidé de mutualiser cette fonction pour différents services supports auprès du secrétariat général. »* Et pour gérer les questions numériques en interne, le secrétaire général d'Orange partage la vision d'Olivier Chaduteau qui propose d'avoir recours à des paralegals numériques.

Il poursuit : *« Je me demande si à un moment donné, dans certaines entreprises, quelques fonctions de la direction juridique ne vont pas être externalisées, voire l'intégralité de la direction juridique. Les entreprises qui le font actuellement ont des mauvaises raisons, principalement une question de coût. Mais pourraient se développer des structures qui proposeraient l'intégralité d'un service juridique. »* Selon Laure Lavorel, PwC s'est lancé sur ce créneau depuis quelques mois, à Zurich. *« Pour un prix fixe, ils automatisent autant qu'ils le peuvent et ils gèrent les questions techniques avec leurs équipes de juristes internes »,* explique-t-elle. Une initiative intéressante mais qui doit encore être appréciée sur le long terme.

Une chose est sûre, conclut Yannick Chalmé : *« Nous devons être à l'écoute, coopératifs, travailler avec les autres services et profiter des innovations proposées. Plus nous serons forts, plus le marché du droit s'en trouvera tiré par le haut. »* ■

Par Ondine Delaunay

Participation au comité stratégique d'une entreprise, retour d'expérience d'un avocat

Depuis 25 ans, Jean-Claude Beaujour, avocat au barreau de Paris, participe au développement d'entreprises françaises dans l'Hexagone et à l'étranger, notamment aux États-Unis et en Asie. Il est membre depuis un an du comité stratégique d'Artemis Group. Une expérience rare pour un avocat, dont il témoigne avec entrain.

Vous êtes membre du comité stratégique d'une ETI française. Dans quel contexte avez-vous pris vos fonctions ?

À l'automne 2017, j'ai été sollicité par le directeur général de cette florissante ETI que je connaissais bien. Il m'a alors proposé d'intégrer le comité stratégique de l'entreprise, composé de six membres, lors de son renouvellement du printemps 2018. J'ai tout de suite accepté car c'était une occasion de concrétiser mon expérience d'avocat d'affaires dans une société en pleine croissance, mais aussi celle que j'avais pu avoir au cours des nombreuses années passées au board d'une organisation professionnelle dont le siège était au Japon¹. J'avais la conviction

précisément que, parce qu'en apparence j'étais en complet décalage – juriste dans un monde d'hommes et de femmes d'affaires avec une pratique internationale – avec l'univers des PME et ETI françaises, de surcroît régionales, j'allais apprendre tout autant que mon expérience pouvait contribuer aux débats au sein d'un tel comité. Du fait justement de la diversité des profils autour de la table.

Il faut bien reconnaître que la gouvernance des entreprises s'est diversifiée depuis quelques années...

Le rôle premier d'une entreprise est bien de se développer et de conquérir des marchés. Mais ce n'est pas, ou plus, son unique rôle alors que les mutations économiques et sociétales mondiales bouleversent la stratégie et la gouvernance des entreprises et que les sujets environnementaux, sociaux et de gouvernance viennent compléter l'approche purement financière de la performance des organisations. Face à l'attente croissante des parties prenantes souhaitant que les entreprises contribuent à façonner autrement notre monde, face également à un risque accru de mise en jeu de la réputation des entreprises – notamment au travers des réseaux sociaux – ou encore en raison de la multiplication des réglementations (loi Sapin II de 2016, loi Pacte...), les entreprises ont commencé à ouvrir et à élargir la composition de leurs conseils d'administration pour y faire entrer davantage d'administrateurs indépendants. Un plus grand nombre d'étrangers, de femmes ou encore de personnalités aux compétences variées siègent désormais à la table du conseil. Cette ouverture est évidemment positive puisqu'elle répond à un besoin de nouvelles compétences au sein des organes de gouvernance des entreprises qui jouent sur un échiquier assumant une approche « globale » (c'est-à-dire mondiale mais avec une empreinte locale et régionale). Pour autant, la présence des professionnels du droit reste encore marginale au sein de leurs conseils d'administration.

Comment l'expliquer ?

Force est de constater que si la loi le permet et que le contexte y est plutôt favorable, l'avocat comme le juriste d'entreprise ne sont que très peu présents au sein des organes de gouvernance. Pourtant rien ne leur interdit de



Jean-Claude Beaujour

INTERVIEW

siéger dans un conseil d'administration, sous réserve de l'attention qu'ils doivent porter aux conflits d'intérêts. S'agissant des avocats, l'article P 41.7 du Règlement intérieur du Barreau de Paris stipule que « *sous réserve des dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1971 et de l'article 112 du décret du 27 novembre 1991, l'avocat qui justifie de sept années au moins d'exercice de la profession peut accepter les fonctions de membre du conseil d'administration d'une société anonyme, de membre d'un conseil de surveillance d'une société à directoire ou d'une société en commandite par actions ou de représentant permanent d'une société elle-même administrateur ou membre d'un conseil de surveillance [...]* ».

La situation est bien différente aux États-Unis et en Allemagne chez qui, au moins la moitié des entreprises du DAX 30 et des Fortune 100 comptent des juristes en leur sein. Paradoxalement, non seulement l'environnement est favorable à leur présence dans les organes de gouvernance, mais il est de l'essence même de leur profession de bien comprendre les multiples enjeux des entreprises qu'ils conseillent, et surtout d'être des stratèges dans la gestion des risques de toutes natures. Ils ont ainsi une place légitime à siéger à la table du conseil et de ses comités pour accompagner le développement et la croissance des entreprises. Il est loin le temps où les avocats n'étaient pas autorisés à rendre visite à leurs clients, au risque de se « compromettre » et c'est d'ailleurs l'avocat qui était visité par son client. Les temps ont fort heureusement radicalement changé et l'avocat ne peut plus se contenter d'être exclusivement un expert du droit. Aujourd'hui, digitalisation du savoir oblige, le droit est à la portée de tous et, de fait, l'avocat doit aller au-delà de la seule délivrance de la règle de droit. De même le métier de juriste d'entreprise a considérablement évolué. L'homme du contentieux a laissé sa place au juriste augmenté. En pratique, la nouvelle tendance veut que l'avocat comme le juriste d'entreprise soient impliqués dans les projets des entreprises bien amont, et non plus juste au moment de la signature d'un contrat ou à la naissance d'un contentieux.

En y repensant, lors de nos réunions de comité stratégique, je n'interviens jamais sur des questions juridiques et ce n'est d'ailleurs pas ce que l'on me demande. Au contraire j'ai eu à travailler avec les équipes internes sur l'analyse du SWOT, les projets de croissance externe, la politique de développement des talents de l'entreprise ou encore sur la croissance de l'ETI dans les territoires ainsi qu'à l'international.

Quelles sont les qualités requises pour être membre d'un comité stratégique ?

Le comité stratégique « *détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* »², ce qui selon nous suppose d'avoir le sens de la tactique, c'est-à-dire l'art de combiner tous les moyens pour parvenir à un résultat ou pour la mise en œuvre d'un plan stratégique. L'avocat est fort habitué à cette démarche qui vise à parvenir à un résultat juridique.

Bien sûr, le rôle du comité stratégique n'est pas de mettre directement en place la stratégie ou de diriger des équipes

comme le font les directeurs généraux ou les dirigeants exécutifs. L'administrateur a sur ce point un rôle de conseil et d'orientation de la stratégie de l'entreprise puisqu'au travers des questions qu'il pose au management exécutif, il apprécie, avec un regard extérieur, les conséquences des options d'investissements ou commerciales qui lui sont proposées.

Les juristes d'entreprise et avocats ont toute légitimité pour aller siéger dans les organes de gouvernance des entreprises. Il est vrai que ceux qui recrutent ne les voient pas *a priori* y contribuer. C'est aussi le poids d'une longue représentation du rôle des uns et des autres ! Si cette perception est regrettable, elle est une réalité qu'il faut corriger. Il faut dire que ce ne sont pas pour leurs qualités juridiques que les avocats ou les juristes seront cooptés pour siéger au sein d'un organe de gouvernance de l'entreprise mais pour toutes celles qu'ils auront su développer dans le cadre de leurs activités.

Trois pistes me paraissent désormais largement accessibles. Le juriste d'entreprise et l'avocat peuvent, à condition d'agir bien sûr, accepter de sortir de leur zone d'expertise traditionnelle chaque fois que c'est envisageable. Par ailleurs, il est indispensable d'avoir une démarche proactive de recherche de ces mandats, y compris en se faisant accompagner par des personnes qui ont l'expérience de cette démarche. Enfin pour paraphraser Saleilles, ils doivent accepter d'aller au-delà du Code !

Qu'est-ce que cette expérience vous a apporté en tant que juriste ?

Nous avons passé du temps à bien comprendre le marché, ses concurrents, les perspectives d'évolution et les atouts de l'entreprise par rapport à ses compétiteurs. En d'autres termes, la capacité d'anticipation et de projection m'est apparue essentielle pour rendre cohérentes les décisions stratégiques avec l'évolution du marché et la vision de l'entreprise.

Il y a des compétences que le juriste peut tirer d'une expérience comme celle présentée ici. C'est ainsi l'opportunité de développer son leadership. Notre profession nous amène à conseiller, mais pas à exercer la pratique de la décision. Un membre de comité stratégique aide à la prise de décision et à la fixation des grandes lignes stratégiques de l'entreprise.

Je dois avouer qu'un tel exercice m'a permis d'évoluer car le juriste est généralement « *risk adverse* ». Nous raisonnons en termes de responsabilités alors que l'entreprise raisonne en termes de risque supportable ou non, ce qui n'est absolument pas le même état d'esprit.

Une chose est certaine, c'est que la prise de risque calculée et maîtrisée n'a rien de dramatique. Au contraire, elle nous aide à assumer nos choix, à accepter de se fixer des objectifs, à cultiver l'ambition pour ceux et celles au service desquels l'on est. ■

Notes

(1) IPBA (Inter Pacific Bar Association ou, en français, Association des barreaux d'Asie et du Pacifique, qui regroupe 2000 avocats et juristes d'affaires qui travaillent ou qui ont un intérêt en Asie).

(2) Article L-225-35 et suivants du Code de commerce.

Par Anne Portmann



Combien la direction juridique fait-elle gagner à l'entreprise?

Les directeurs juridiques aspirent de plus en plus à avoir un rôle décisif dans l'entreprise et veulent entrer au Comex, voire au Codir. Mais pour cela, ils doivent pouvoir démontrer qu'ils font gagner de l'argent à l'entreprise. Quelle stratégie mettre en œuvre?

Dans un contexte de développement du numérique au sein des directions juridiques, les juristes doivent mettre tous les atouts de leur côté afin de réunir les conditions pour être reconnus à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise. Il leur faut donc jouer leur réseau à l'intérieur de l'entreprise et cibler leurs interlocuteurs : opérationnels, DAF, DG. Il est ensuite nécessaire de s'adapter à eux et de valoriser la fonction juridique avec des indicateurs qu'ils comprennent. « *Un DAF ne sera pas sensible aux mêmes arguments qu'un directeur marketing* », dit Marie Hombrouck, fondatrice du cabinet de chasse de tête Atorus Executive. « *La clé, c'est de parler le même langage que les membres du Codir* », ajoute Claude Mulsant, associée et directrice de la pratique juridique pour OasYs Consultants. *Il s'agit de traduire en chiffres les réalisations de la direction juridique.* » La France dénombrerait seulement 50 % de directeurs juridiques au sein des comités de directions, ce qui est très en dessous de ce qui est pratiqué dans les pays anglo-saxons où 90 % de leurs homologues siègent au sein des instances dirigeantes.

QUANTITÉ ET QUALITÉ

Mais pour valoriser objectivement la fonction juridique, notamment au moyen d'éléments chiffrés, quels indicateurs (ou

KPIs, Key performance indicators) utiliser? « *Il n'est pas naturel pour les juristes, de transformer leur activité technique en indicateur mesurable. Ils ne l'ont pas appris à l'université. Il faut les y éduquer car cela intéresse les instances dirigeantes* », constate Marie Hombrouck. Les KPIs quantitatifs sont toutefois à manier avec précaution et doivent être définis selon les spécificités de l'entreprise. Il n'en existe pas d'universel. Par exemple, le ratio du nombre de contrats rédigés par un juriste peut avoir du sens dans telle entreprise, mais elle n'en a aucun dans une entreprise qui fonctionne sur quelques contrats annuels de type appel d'offres. « *Un KPI efficient est le ratio du budget du département juridique sur le chiffre d'affaires afin de valoriser la maîtrise des coûts par le directeur juridique* », suggère Marie Hombrouck. « *Pour l'activité contentieuse, on peut valoriser les gains obtenus, les économies réalisées* », pointe Claude Mulsant. Elle préconise également de chiffrer le nombre de dossiers traités, dans quels délais et pour quel résultat ou encore de calculer le taux de rentabilité et les conséquences opérationnelles des projets menés au sein de la DJ. Par exemple, quel temps homme (et donc quel salaire chargé) a-t-on économisé en réorganisant la DJ? « *Proposer une matrice pour les contrats types peut aussi faire faire des économies en temps et en personnel à la direction commerciale* », souligne-t-elle. À cet égard, elle recommande le pragmatisme. C'est à chaque directeur juridique, lors-

ÉCLAIRAGE

qu'il ouvre un dossier ou commence un projet, de se demander ce qu'il va faire gagner à l'entreprise et selon quels critères il va pouvoir l'évaluer et de rédiger une fiche sur les aspects économiques de l'opération envisagée. À l'occasion d'une fusion, le DJ doit aussi être capable de connaître les enjeux financiers et concurrentiels de l'opération en cours.

Les instances dirigeantes apprécieront aussi sans doute un point périodique, qui présente des chiffres clés sur l'activité du service, ou un sur des dossiers emblématiques. « *Mais attention, le document ne doit pas faire 50 pages!* » prévient Claude Mulsant. Une synthèse chiffrée sera donc la bienvenue, d'autant plus que la DG ne s'y attendra pas de la part du directeur juridique. Ce sera, en quelque sorte, une bonne surprise, toujours payante pour la DJ qui a besoin de se mettre en valeur. Mais attention aux écueils. « *Mesurer la performance du service juridique à l'aune de la rapidité de ses réponses aux questions des opérationnels ou du nombre de ses réponses n'a pas beaucoup de sens. La volumétrie n'est pas pertinente* », relève Marie Hombrouck. « *En revanche, il est tout à fait possible de faire valoir que la somme de 50 000 € engagée pour un arbitrage a permis à l'entreprise d'éviter d'être condamnée à payer 500 000 €. Communiquer sur le coût d'un projet par rapport à ce qu'il peut rapporter est toujours une bonne idée. Il est possible par exemple de valoriser la création d'un processus de médiation interne, qui permet d'éviter des frais de contentieux.* » Et cela ne se limite pas forcément à des dépenses strictement en rapport avec le juridique. Il peut s'agir de la mise en place d'une action en rapport avec la politique RSE de l'entreprise, comme le passage du service juridique au zéro papier – Franck Rimbaud, DJ d'Air France, avait d'ailleurs obtenu un prix de l'innovation pour son initiative –, ou en rapport avec la politique RH, comme la mise en place du télétravail. Ce qui est important, c'est de communiquer sur ce que l'on fait et de donner des éléments pour rendre son activité accessible.

PAS DE DICTATURE DU CHIFFRE

Certains juristes dressent même un bilan annuel d'activité, mais dans cet exercice aussi, il faut prendre garde à ne pas avoir une approche seulement mercantile et chiffrée de son travail. En effet, nuance Marie Hombrouck, il ne s'agit pas de perdre de vue que la fonction première d'une direction juridique est de protéger l'entreprise. « *La DJ ne doit pas être un centre de profits, ni un centre de coûts.* » Et dans le choix des indicateurs de performance, il est conseillé de privilégier la sécurité juridique et l'analyse des risques.

Éric-Jean Garcia codirige l'Executive Master Sciences Po Executive Education intitulé « *General Counsel : Strategy and Leadership for Senior Lawyers* », qui apprend aux juristes à sortir de leur expertise pour accéder aux fonctions de General Counsel. « *Une notion délibérément imprécise, car elle est susceptible de recouvrir des responsabilités différentes d'une entreprise à l'autre. Elle est en fait principalement destinée aux juristes qui veulent s'épanouir ailleurs que dans le droit pur, pour les préparer à prendre des responsabilités plus larges que celles qu'ils exercent.* » La formation est donc proposée à tous les juristes, y compris en ETI, mais aussi aux avocats soucieux

de mieux connaître leurs clients. Elle comporte bien entendu une séquence relative aux KPIs qui peuvent être utilisés par un département juridique, mais le fondateur du programme insiste sur le discernement avec lequel ils doivent être utilisés.

« *L'objectif originel des KPIs donna au taylorisme ses lettres de noblesse. Or, un juriste ne travaille pas sur une chaîne de montage!* » pose, un brin provocateur, Éric-Jean Garcia. Il estime qu'alors que la plupart des entreprises opèrent leur mutation managériale et travaillent de plus en plus en mode projet, demander à une direction juridique de produire des indicateurs de performance chiffrés ne saurait épuiser le sujet de la performance et l'excès peut conduire à l'isoler des autres acteurs. « *C'est à rebours de ce qui se passe actuellement dans l'entreprise.* » Pour lui, les directions juridiques ont, au fil des années, réussi à obtenir de n'être plus considérées comme un organe de censure, mais comme un centre d'expertise. Et s'il faut encore pousser pour ouvrir les portes de la direction générale, asséner des chiffres, même si c'est intéressant, n'est pas suffisant. « *Le directeur juridique doit être force de propositions. Pour cela, il doit être en capacité de saisir les opportunités qui se présentent tout en coopérant proactivement avec les autres parties prenantes afin de devenir un partenaire créatif au service de la stratégie et des valeurs de l'entreprise.* » Pour saisir les opportunités, trois mots d'ordre : la formation, l'entraide et le networking, conclut-il.

S'OUVRIRE À L'AUTRE SANS PERDRE SON IDENTITÉ

« *Le DJ doit devenir un généraliste, ce qui est à l'opposé de l'omniscience. Autrement dit, il ne doit pas se contenter de collectionner les expertises.* » Éric-Jean Garcia donne l'exemple de Patrick de Castelbajac, ancien avocat devenu directeur de la stratégie d'Airbus, qui sait tirer avantage de ses réflexes de juriste tout en s'ouvrant à d'autres enjeux et à d'autres horizons. Parmi les « *soft skills* » déterminants, on peut citer l'application d'une politique RSE, mais aussi le management. « *Être un bon manager est une compétence recherchée chez les directeurs juridiques*, observe Marie Hombrouck. *Savoir bien manager ses équipes, faire progresser ses collaborateurs, démontre que l'on a des compétences RH.* » Le directeur juridique doit aussi avoir des compétences en marketing, innovation, etc.

Pour Éric-Jean Garcia, le juriste doit conserver sa capacité à prendre du recul en développant une hauteur de vue, car c'est un atout précieux pour appréhender les grands enjeux stratégiques du monde contemporain. Même si les KPIs ont un intérêt, l'ADN du juriste est un atout qui reste non négligeable. Il constate en effet que dans un contexte de judiciarisation de la société et de pénalisation galopante du droit des affaires, il est de toute façon dans l'intérêt des actionnaires comme des clients et de consommateurs d'avoir des juristes impliqués dans la stratégie et au sein du board.

« *La valorisation récente du métier de juriste va de pair avec le développement de la réglementation, c'est une opportunité pour les juristes* », estime Claude Mulsant. Et cela ne vaut pas seulement pour les seniors et les directeurs juridiques. « *Un jeune juriste devrait être capable, lors de son entretien annuel, de présenter des éléments chiffrés.* » ■

Par Jeanne Disset



Personne morale en procès, cherchez la personne physique...

« Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale. » À cet aphorisme de Léon Duguit, le P^r Jean-Claude Soyer répondait : « Moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition. » Paradoxe et réalité de la personne morale devant les salles d'audience.

EXTENSION

Les personnes morales sont bien des justiciables comme les autres, notamment dans les salles d'audience. Mais la médiatisation des dossiers n'est souvent pas comparable. Procès UBS, procès France Telecom, *Oil For Food* ou AZF, CJIP Google, Carmignac ou Société Générale... En 2015, 80 600 personnes morales ont fait l'objet d'une poursuite ou d'un classement de leur affaire par les parquets, soit 4 % des 2 millions d'auteurs des affaires traitées par ces mêmes parquets¹. Quelque 45 % sont des affaires « poursuivables ». Moins de 5 % des auteurs d'infractions, et au final, moins de 1 % des auteurs des affaires jugées par le tribunal correctionnel soit 3 900 personnes morales concernées. Cela semble peu, surtout par rapport à l'impact médiatique de ces situations. Mais depuis 1994, le nombre des condamnations de personnes morales n'a cessé d'augmenter. En 2015, environ 5 000 condamnations de personnes morales ont été prononcées. En 2000, c'était 200.

Si « la responsabilité pénale des personnes morales ne date que de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994 », comme le souligne François Saint-Pierre dans *Pratique de défense pénale*, c'est en 2004 qu'elle s'est généralisée. Ce qui conduit le pénaliste à inclure la problématique de la personne morale quasiment dès l'ouverture de son ouvrage, soulignant ainsi tant la spécificité de sa situation que sa place devenue incontournable. Didier Rebut, professeur de droit à l'université Paris II Panthéon-Assas, spécialiste du droit pénal, constate : « L'article 121-2 du Code pénal est la clé de voûte de la responsabilité pénale des personnes morales. En 2004, la responsabilité pénale des personnes morales s'est généralisée à l'ensemble des infractions. Cela a considérablement étendu la possibilité d'une telle mise en cause. » Aujourd'hui, les personnes morales représentent 28 % des auteurs d'infraction à la législation du travail, 25 % des auteurs d'infractions finan-

ÉCLAIRAGE

cières et économiques et 16 % des auteurs d'atteinte à l'environnement. Les atteintes aux personnes sont principalement des atteintes involontaires. Les infractions en droit pénal du travail sont un grand classique : accidents, travail dissimulé et harcèlement au principal. Mais la consommation, la corruption, la fraude fiscale, et l'environnement, la santé publique sont également très présents dans les chefs de prévention. Martin Pradel, associé du cabinet Betto, ajoute également la place des droits humains et de tout ce qui découle des politiques RSE. « Une entreprise française a été mise en cause pour financement du terrorisme et complicité de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Première fois qu'une entreprise est mise en cause pour des faits en lien avec une entreprise terroriste et première fois s'agissant de poursuites pour crime de guerre et crime contre l'humanité, mais aussi première fois qu'une multinationale est mise en examen pour les activités d'une de ses filiales à l'étranger. »

LA REPRÉSENTATION DURANT LE PROCÈS

Les pénalistes ont progressivement investi la défense des entreprises et celles-ci ne peuvent faire sans ces spécialistes. Certains cabinets, d'ores et déjà engagés auprès des entreprises dans leurs litiges complexes, les ont naturellement accompagnées, comme leurs dirigeants, sur le terrain pénal. On citera bien sûr les grands cabinets de contentieux comme Veil Jourde, Darrois Villey Maillot Brochier, Lussan ou Bredin Prat. Certains pénalistes ont été plus rapides dans cet accompagnement, du fait d'une pratique ancienne sur les questions de responsabilité des entreprises comme Soulez Larivière & Associés, Farthouat Avocats, la SCP French Cornut-Gentille ou feu le cabinet Metzner.

Côté entreprise, la question du représentant de la société est sensible. « Pourtant, elle dispose d'une très grande liberté de choix de son représentant qui sera sa voix, lors de l'instruction, l'enquête et le procès, souligne Didier Rebut. C'est donc une personne choisie par le conseil d'administration ou tout organe statutaire qui a le pouvoir de désigner qui peut représenter la personne morale en justice. Sous réserve que cette personne ne soit pas elle-même poursuivie ! » Il peut s'agir d'une personne qui a une certaine connaissance du dossier, mais qui a des fonctions de représentant. Par exemple le directeur juridique ou le secrétaire général (ce sont les plus fréquemment désignés par l'entreprise), qui sont des acteurs un peu à distance des faits et qui comprennent les arcanes juridiques. Mais parfois, il est utile d'avoir comme représentant présent et parlant à la barre, un opérationnel, un technicien. Cependant, lors d'affaires avec des homicides involontaires, un chargé de la sécurité, un productif ou un DRH subissent une charge émotionnelle forcément plus forte qu'un expert financier dans une affaire purement financière. Alors, c'est sa capacité à expliciter les process qui comptera. L'avocat ne les préparera pas de la même façon². Ce choix du représentant n'a rien d'anodin pour l'entreprise et il dépend largement de la stratégie que l'entreprise compte mettre en œuvre.



Didier Rebut

Le rôle de l'avocat de la personne morale est parfois un peu différent. François Esclatine, associé chez Veil Jourde, explique : « Derrière le représentant d'une personne morale, il y a toute la personne morale. Vous n'avez donc pas, par exemple, un dialogue avec uniquement la direction juridique. Vous ne défendez pas qu'une personne, c'est toute l'entreprise que vous prenez en charge avec de multiples interlocuteurs. » C'est ce qui conduit à rassembler et unifier le discours. Nathalie Roret, avocate associée du cabinet Farthouat Avocats, ajoute « lors de la défense d'une personne morale, il faut aller au-delà du travail d'analyse du fait punissable, ce qui est la priorité pour une personne physique accusée de ce fait. Quand il plaide pour la personne morale, l'avocat se doit de contester la qualité d'organe et de représentant de l'individu sur lequel repose la faute, et/ou qu'il ait agi pour le compte de l'entreprise. C'est un travail d'application du droit un peu différent, il y a une strate supplémentaire à exploiter dans la défense ». Ceci est particulièrement important car le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est bien lié à une faute d'un individu ! Il faut des personnes physiques agissantes pour impliquer la personne morale.

LA NÉCESSAIRE ACTION D'UNE PERSONNE PHYSIQUE

Didier Rebut le rappelle : « Le principe est qu'une personne physique, qui commet une infraction pour le compte d'une personne morale, peut engager la responsabilité pénale de cette

Notes

(1) Infostat Justice, n°154, août 2017, support d'analyse statistique de la Chancellerie. Quasiment tous les chiffres de cet article proviennent de ces études.

(2) Sur le travail de l'avocat, voir *Organisation de la défense pénale de l'entreprise poursuivie* dans *Pratique de défense pénale*, François Saint-Pierre, chez LGDJ

ÉCLAIRAGE

dernière. L'infraction doit donc être commise par un organe ou un représentant de la personne morale, auquel ont été confiées des fonctions susceptibles d'engager sa responsabilité (par exemple par la délégation de pouvoir). » Il faut donc bien une personne physique à la base de la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales.

Pourtant le débat jurisprudentiel reste fluctuant. La chambre criminelle de la Cour de Cassation semblait considérer que dès lors que l'infraction a bénéficié à la personne morale, elle a nécessairement été réalisée par un organe ou un représentant. Par exemple pour des infractions un peu spécifiques comme la publicité mensongère. La jurisprudence semblait s'être fixée de façon plus équilibrée, mais des décisions récentes font craindre un retour d'interprétations extensives, pour aller chercher coûte que coûte la personne morale. Dans *Oil for food*, les juges présument la décision de racheter du pétrole irakien comme étant prises par le Comex, nécessairement ce doit être lui qui prend ce type de décision, mais aucun de ses actes examinés ne le dit. François Esclatine de souligner : « *Le sens de l'histoire est peut-être bien un éloignement de la désignation de quelqu'un en particulier comme auteur direct de l'infraction. L'intérêt d'engager la responsabilité de la personne morale, c'est quand même de punir la société pour des faits qui lui ont profité. Alors poursuivre la personne physique peut devenir secondaire. La sanction de la société, son effet dissuasif, et l'exemplarité l'emportent sur ce point de la personne physique agissante.* »

Selon Emmanuel Dreyer, professeur à l'université Paris I Panthéon Sorbonne : « *Les personnes morales n'ont ni chair ni sang, pourtant elles ont des organes. Elles n'ont pas de sentiments, pourtant elles ont une volonté. Elles sont invisibles, pourtant elles agissent et peuvent même se voir reprocher leur inaction.* » Et Nathalie Roret d'ajouter : « *Le droit français n'a pas voulu que tout acte de n'importe quel membre de la société puisse engager la responsabilité pénale de la personne morale. Il y a une condition relative à la qualité de la personne (organe et représentant) et une condition relative aux faits qu'elle a commis, toujours pour le compte de la personne morale. Il reste nécessaire d'aller chercher l'organe, comme le dit le P^r Dreyer.* » Définir qui est un organe et que l'acte a été commis au profit de l'entreprise n'est pas forcément le plus complexe à argumenter. Le plus difficile reste ce principe de la personne physique à la base de la faute.

Force est de reconnaître que rares sont les procès sans personnes physiques. Natixis vient d'être renvoyé sur sa communication financière pendant la crise des subprimes sans qu'aucune personne physique ne soit inquiétée. Est-ce la personne morale qui écrit ses communiqués ? Elle en est en tous les cas responsable disent les juges. En 2015, sur les 3 600 affaires jugées ayant pour auteur au moins une personne morale, 45 % ont également au moins un auteur personne physique, d'après la Chancellerie.

SANCTIONS... D'ABORD L'ARGENT

Sept fois sur dix, la réponse pénale est une mesure alternative. Elle est privilégiée lorsqu'elle permet de réparer le



François Esclatine

dommage, de mettre fin au trouble causé par l'infraction ou de régulariser la situation au regard du droit. La part d'alternatives est particulièrement élevée pour les infractions économiques et financières (87 %) et l'environnement (84 %). Dans ces domaines, le ministère public fait primer l'effectivité de la norme du droit des sociétés ou du droit de l'environnement sur la dimension punitive.

Mais, quand les poursuites ont lieu, l'amende est la peine principale prononcée. Les personnes morales sont presque toujours condamnées à des peines d'amende en premier lieu. Au-delà des fortes amendes, il existe des sanctions très graves : dissolution, fermetures temporaires, fermeture permanente d'un site, interdiction de concourir à des marchés publics... Une personne morale ne va pas en prison, mais elle peut mourir. Ces peines sont économiquement impactantes et pour la société et pour ses salariés, et même rares, elles sont craintes.

L'introduction en France de la justice négociée bouscule un peu les habitudes. Et même si la CJIP est, pour le moment, réservée aux personnes morales, elle emporte néanmoins un changement de perspective du principe de la personne physique qui influence et même détermine la responsabilité pénale de la personne morale. « *Avec la CJIP, on assiste à un véritable basculement. La personne morale reconnaît des faits. Certes ce n'est pas une reconnaissance de culpabilité, mais cela pèse sur le sens de l'engagement de responsabilité. Dès lors qu'est-ce que deviennent les personnes physiques ? Les faits de la personne morale, reconnus par elle, risquent d'impacter la situation des personnes physiques* », souligne Nathalie Roret. Ce poids porté par les personnes physiques pourrait peut-être empêcher certaines CJIP de se conclure, car elle n'arrête pas les poursuites des personnes physiques. À croire que le destin des unes reste intimement lié à celui des autres... ■

Hack back : une cyber légitime défense ?

Francis Teitgen, Avocat au Barreau de Paris, Teitgen & Viottolo, ancien Bâtonnier de l'Ordre
et **Nicolas Ludmann**, Managing Partner, Alcée

Les entreprises conduisent actuellement des transformations digitales à marche forcée afin de rester compétitives. Néanmoins, en exposant progressivement à Internet leurs processus critiques, elles deviennent de plus en plus vulnérables aux cyber-attaques qui se multiplient et peuvent aller jusqu'à remettre en cause leur survie. Les dirigeants se retrouvent ainsi confrontés à un dilemme. Cette situation est d'autant plus préoccupante que les stratégies défensives de cybersécurité, malgré des budgets conséquents et en augmentation constante, affichent leurs limites face à des attaques évoluées menées par des organisations criminelles ou des concurrents mal intentionnés. Elles ressemblent de plus en plus à des lignes Maginot numériques, sans efficacité avérée, accumulant des moyens importants dans des zones convenues. Dans ce contexte, les services de l'État, et notamment l'ANSSI, affichent un discours ambigu : d'un côté ils s'opposent fermement à l'adoption de stratégies offensives de cybersécurité également appelées *hack back* ; de l'autre, ils concentrent leurs actions sur les seules infrastructures vitales nationales et renoncent, de fait, à défendre les autres secteurs d'activité.

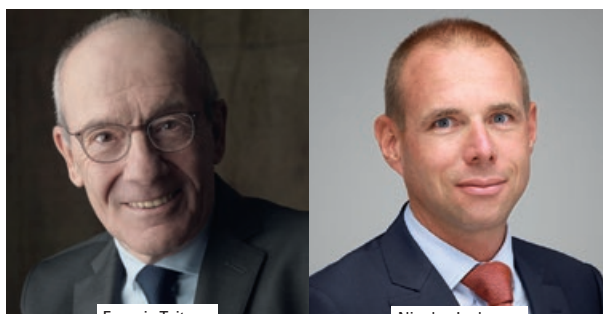
CETTE POSITION EST INTENABLE

Il en va d'autant plus ainsi qu'aux États Unis, l'*Active Cyber Defense Certainty Act* pourrait être voté lors de la prochaine session 2019-2020. La situation serait ainsi définitivement clarifiée pour les entreprises américaines. Et plus critique alors pour les entreprises européennes.

Un changement de paradigme de cybersécurité intégrant le *hack back* nous paraît dès lors non seulement inévitable mais encore souhaitable et le plan d'action associé évident :

1. augmenter ses capacités de détection des intrusions ;
2. identifier de manière certaine ses agresseurs ;
3. neutraliser leurs attaques en portant le combat numérique sur leur territoire.

Un tel positionnement, délibérément affiché et assumé, pourrait atténuer l'exposition aux risques des entreprises et leur permettrait de déployer plus sereinement leurs innovations digitales. Néanmoins, une question fondamentale se pose : de telles actions de *hack back* sont-elles légales ? Une entreprise privée ne peut pas, *proprio motu*, répondre de manière agressive à une cyber-attaque. Cette affirmation s'évince du principe selon lequel nul ne saurait s'immiscer dans le système d'information d'autrui sans l'accord de ce dernier.



Francis Teitgen

Nicolas Ludmann

CETTE RÉPONSE N'EST PAS SATISFAISANTE

En cas d'agression, une personne en état de légitime défense peut répliquer à son agresseur sous réserve que le moyen employé soit proportionné à l'attaque dont elle est victime et qu'aucune autre riposte n'était raisonnablement envisageable. Dans de telles circonstances même la commission d'une infraction pénale n'est pas punie car elle est légitimée à raison des circonstances. De la même manière, la légitime défense de l'entreprise doit pouvoir être mise en œuvre en cas de cyber-attaque. Les opposants à ce principe évoquent notamment le risque d'abus de riposte par une prétendue victime qui ne s'emploierait pas sérieusement à identifier son agresseur et, adoptant une position belliqueuse, s'introduirait frauduleusement dans le système d'information par exemple de son concurrent. Il nous semble que cet argument est sans pertinence. On ne saurait prohiber l'exercice d'un droit pour l'unique raison que d'autres bénéficiaires de ce dernier pourraient en abuser. Il faut à la fois assurer la défense des entreprises victimes tout en préservant l'inviolabilité des systèmes d'information. Le respect des principes essentiels suivants pourrait permettre d'atteindre ce but :

- en premier lieu, l'entreprise attaquée doit utiliser un *modus operandi* structuré pour identifier son agresseur et elle devra le démontrer en cas de contestation ;
- en deuxième lieu, elle devra toujours riposter de manière proportionnée et être capable de rapporter la preuve du respect de ce principe dans l'hypothèse d'une critique du *hack back* qu'elle aura mis en œuvre ;
- enfin, il lui reviendra d'établir la gravité de la tentative d'attaque dont elle a été la victime et de la mise en péril de ses intérêts fondamentaux.

Que les entreprises françaises se défendent en respectant ces principes ! ■

Pénalisation du droit de la la découverte d'une nouvelle

Propos recueillis
par Lucy Letellier,
Ondine Delaunay,
et Anne Portmann

Reportage
photographique :
Stéphanie Trouvé

Par ordonnance de 1986, le droit de la concurrence a été dépénalisé. Demeure cependant, à l'article L420-6 du Code de commerce, une incrimination visant les personnes physiques ayant pris une part active à la réalisation d'une entente ou d'un abus de position dominante. Si le texte a historiquement connu très peu d'applications, force est de constater depuis quelques mois une rupture avec les pratiques de l'Autorité de la concurrence. Le rapporteur général de l'Autorité expliquant même récemment que « l'enquête pénale présente certains avantages qui renforcent l'efficacité de l'action de l'Autorité, sans nuire aux droits de la défense »¹. En pratique, qu'est-ce que cette pénalisation du droit de la concurrence entraîne comme conséquences pour les entreprises ? Doit-on y voir une nouvelle influence américaine ? Quels sont les risques qui y sont associés ?

de gauche à droite:
Gabriel Lluch,
General Counsel
competition and
regulation department,
Orange; **Marie-
Pascale Heusse**,
Head of Competition
Law, BNP Paribas;
Laurence Bary,
Associée, Dechert;
François Garnier,
Executive Vice
President, General
Counsel, IPSEN Group;
Philippe Guibert,
Associé, De Pardieu
Brocas Maffei; **Yann
Utzschneider**, Associé,
White & Case; **Thierry
Boillot** - Directeur
Concurrence -
AFEC (Association
Française de l'étude
de la concurrence)
et **Franck Rohard**,
Secretary General,
Europcar Mobility
Group. 



concurrence : voie procédurale

Une rupture avec les racines du droit de la concurrence français

Thierry Boillot : Depuis l'ordonnance de 1986, voire avant, le droit pénal est l'accessoire du droit de la concurrence. La volonté des pouvoirs publics était surtout de privilégier la voie administrative. L'article L420-6 du Code de commerce a prévu la possibilité d'incriminer des personnes physiques dans certaines situations. Mais en 25 ans de carrière, je n'ai connu que trois affaires pénales de ce type, qui se sont d'ailleurs toutes terminées

par des non-lieux. Petit à petit, le droit pénal de la concurrence était devenu marginal, quasiment obsolète. Jusqu'à ce que le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence décide récemment de réintroduire l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Laurence Bary : Deux modèles de droit de la concurrence coexistent au niveau international. D'abord le modèle

européen, qui *de facto* n'est pas pénal puisque la Commission européenne n'a pas de pouvoir en la matière. Ce droit s'est développé sur un modèle administratif au sein des États membres, qui ont suivi en cela la tendance impulsée par la Commission. Le modèle nord-américain est pour sa part bien différent. C'est un autre monde, avant tout dicté par le pénal. Force est toutefois de constater la convergence qui commence à s'installer entre les deux systèmes, en tout cas la volonté de certains États européens d'utiliser ces outils pénaux pour rendre plus efficace la procédure, si l'on en croit le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence.

Philippe Guibert : Même si l'on remonte aux racines du droit de la concurrence, la pénalisation des dossiers de pratiques anticoncurrentielles était très rare. Les dispositions du Code de commerce prévoient avant tout des sanctions administratives infligées à des personnes morales par une autorité administrative indé-

Notes

(1) Enquêtes pénales & transaction : entre efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence et effectivité des droits de la défense, dîner-débat organisé le 6 décembre 2018 par la revue *Concurrences*.



pendante (d'abord le Conseil et aujourd'hui l'Autorité de la concurrence). Ce n'était que si celle-ci découvrait, à l'occasion de l'instruction et une fois les faits d'entente qualifiés, une participation personnelle et prépondérante d'une personne physique aux infractions de droit de la concurrence, qu'elle pouvait transférer le dossier au parquet sur le fondement de l'article L420-6. Aujourd'hui, on comprend que le schéma

Laurence Bary,

Associée,
Dechert

semble s'inverser : le droit pénal est appelé à venir servir l'enquête administrative. Ce séquençement procédural « inversé », s'il était confirmé, deviendrait préoccupant.

Franck Rohard : Rappelons la vocation du droit pénal : celle de protéger la société. C'est dans cet objectif que des pouvoirs, un peu extraordinaires, ont été donnés aux enquêteurs. Le droit de la concurrence, dans

son écriture, était resté dans une conception administrative très franco-française tout en se gardant une petite porte ouverte vers la voie pénale pour rassurer l'État. Aujourd'hui, l'esprit du texte est totalement bafoué et les moyens donnés au support d'une idée sont dévoyés. Les discours de l'Autorité démontrent une approche pragmatique d'un outil disponible et efficace, peu importe la philosophie même de la protection de la société.

Le recours à l'article 40 du Code de procédure pénale

Marie-Pascale Heusse : La recherche d'efficacité dans la gestion des services d'instruction n'a, a priori, rien de contestable bien au contraire. Mais lorsque le levier utilisé par le Rapporteur Général pour accroître cette efficacité est l'article 40 du CPP, il y a là matière à contester du point de vue des entreprises. En mettant ainsi le pénal au service de la procédure administrative, on voit bien les bénéfices pour l'Autorité en termes d'optimisation des ressources mais aussi et surtout en termes d'accroissement de ses pouvoirs d'enquête. Or ces bénéfices pour l'Autorité se feraient immanquablement

celles des pays anglo-saxons. Bien sûr cette situation est assez cohérente pour des groupes internationaux qui n'ont plus deux systèmes à gérer. Mais ce qui est inquiétant, c'est que plus personne ne sait comment gérer les dossiers de façon pratique sur des questions fondamentales comme les droits de la défense, le droit à l'avocat, etc. Auparavant le parcours du contentieux de concurrence était assez bien structuré. Désormais, avec l'ensemble des outils dont dispose l'Autorité, c'est un peu l'inconnu.

Gabriel Lluch : L'exploitation de l'article 40 du Code de procédure pénale² représente une économie de moyen évidente pour l'Autorité de la concurrence. Mais elle est à rebours de la pratique de ces dernières années où

François Garnier : Depuis

les vingt dernières années, L'Autorité de la concurrence a mis en place des procédures lui permettant de se sentir plus efficace, plus moderne : la transaction, la clémence, etc.

Or elle crée désormais des outils pour lui permettre d'évoluer et certaines pratiques sont directement inspirées de

Notes

(2) Article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »



le droit est allé vers plus de protection des droits de la défense des entreprises, à travers des jurisprudences qui ont qualifié ce que les enquêteurs pouvaient saisir ou pas. Les contraintes étaient jusqu'à présent connues. Nous passons désormais dans un autre monde. L'entreprise devient spectatrice de la situation puisqu'elle ne rentrera véritablement dans le dossier qu'au moment où un élément sera retenu contre elle. Et même si la phase contradictoire s'installe à ce moment-là, elle ne portera que sur les éléments à charge qui auront été retenus ! Les avocats et les entreprises n'auront pas eu accès à tout ce qui a été saisi, à charge et à décharge. Dès lors, l'entreprise ne pourra pas évoquer ce qui a été saisi et qui lui est favorable, mais qui a finalement été écarté du dossier.

Marie-Pascale Heusse : L'impact est réel pour les entreprises qui ont besoin avant tout de sécurité juridique. De nombreuses entreprises ont développé des programmes de

conformité destinés à prévenir, anticiper et gérer le risque en la matière. Or, l'usage de l'article 40 CPP au stade de l'enquête crée un cadre procédural mouvant. Une brèche dans la sécurité juridique que les entreprises doivent d'ores et déjà tenter de colmater, en actualisant leur procédure interne destinée à former leurs collaborateurs aux comportements à adopter en cas d'inspection/perquisition.

Gabriel Lluch : En pratique, l'utilisation de l'article 40 du CPP est entre les mains de l'Autorité de la concurrence qui peut choisir ou non de l'activer. Il y a cependant une zone grise car, au regard de l'article L420-6, tout peut être pénal. Selon l'Autorité, « *la prise de participation à une pratique anticoncurrentielle par une personne physique* » ne concerne pas que les ententes, mais potentiellement aussi les abus de position dominante. La zone grise est donc potentiellement gris foncé.

Yann Utzschneider : Rappelons que l'Autorité peut recourir par ailleurs à l'article L 462-6 alinéa 2 du Code de commerce³ qui lui permet d'envoyer des dossiers au parquet après avoir mené son instruction et condamné

l'entreprise, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L420-6. En pratique, l'Autorité ne le ferait qu'une à deux fois par an. Ce que l'on constate surtout depuis 18 mois, c'est une volonté de l'Autorité d'utiliser l'article 40 du CPP, en cours d'enquête, sans savoir précisément à quel stade de l'instruction intervient le signalement au parquet.

Philippe Guibert,
Associé,
De Pardieu
Brocas Maffei



Notes

(3) Article L. 462-6 alinéa 2 du Code de commerce : « *Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.* »



L'Autorité sait à un moment de son instruction qu'elle est en face d'un délit de participation à des pratiques anticoncurrentielles qu'elle doit signaler au procureur de la République. Dans son rapport d'activité de 2018, l'Autorité indique que ses rapporteurs spécialement habilités ont pu participer à six perquisitions entre 2016 et 2018. Cela reflète donc une volonté politique de recourir à l'arme pénale assez tôt dans la procédure de l'Autorité. Elle prend d'ailleurs le risque que les procédures administratives et pénales se percutent car le juge d'instruction peut être amené par la suite à rendre un non-lieu considérant par exemple qu'il n'y a pas d'entente alors que l'Autorité continue à poursuivre.

Marie-Pascale Heusse : Cette pratique des services d'instruction a, j'imagine, l'aval de l'Autorité. Et pourtant, elle va à l'encontre des orientations de politique générale française et

européenne, la directive ECN+ de 2018 renforçant toujours plus la répression administrative.

Philippe Guibert : Un point semble fondamentalement contestable. Pour qu'il y ait



un signalement au sens de l'article 40 du Code de procédure pénale, il faut que le

fonctionnaire ait connaissance d'un délit. Cela suppose donc que ce délit soit constitué. Or dans la pratique procédurale que nous venons de décrire, le recours à l'article 40 sert quasiment à renverser la charge de la preuve ! Dans les opérations de visites et saisies « classiques » (article L450-4 du Code de commerce), le rapporteur a de fortes présomptions sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles et saisit le JLD pour solliciter le droit de procéder à des perquisitions. Dans le nouveau schéma, il fait un signalement de l'article 40 alors même que le délit n'est pas constitué, pour que soit délivrée une commission rogatoire autorisant les perquisitions. Si l'ordonnance du JLD est à terme remplacée par le recours à la procédure pénale, autrement dit si à chaque fois qu'il a un doute, le Rapporteur général fait un signalement « article 40 », il y a un fort risque de dévoiement de la procédure « classique » exis-

tante (article L450-4 du Code de commerce), qui perdrait alors toute son utilité.

Yann Utzschneider : C'est pourquoi l'utilisation de l'article L462-6 du Code de commerce a plus de sens, parce que l'infraction au droit de la concurrence a déjà été constatée. Le pénal suit alors l'action de l'Auto-

rité. Tandis qu'en ayant recours à l'article 40 du CPP, la situation est inversée car l'outil est utilisé très tôt, et peut être trop tôt, dans l'enquête de concurrence.

Philippe Guibert : Normalement lorsque le procureur reçoit un signalement « article 40 » dès le stade de l'enquête alors même que la preuve manifeste du délit

n'est pas clairement rapportée, il devrait classer sans suite.

Thierry Boillot : Finalement, on utilise cet outil pour chercher des preuves que l'on n'a pas.

François Garnier : J'ai toujours pensé que l'article 40 du CPP n'était pas adapté au droit de la concurrence.

Marie-Pascale Heusse,

Head of
Competition
Law, BNP
Paribas

La voie pénale pour plus d'efficacité

Franck Rohard : Au regard de l'incertitude qui pèse sur la défense et sur les entreprises, n'est-ce pas un moyen pour l'Autorité d'être encore plus efficace dans la prévention ? Dans le processus décisionnel du dirigeant d'entreprise, il y a une balance globale du risque et de l'opportunité. Or le fait d'être dans un cadre qu'il ne maîtrise pas, augmente le poids du risque dans cette balance.

Laurence Bary : Je ne suis pas certaine qu'il y ait, en définitive, un réel gain procédural pour l'Autorité. Je pense par exemple à l'affaire des monuments historiques : la décision a été publiée plus de dix ans après les perquisitions, c'est plus long que la plupart des cas traités par l'Autorité. Les saisines massives et indifférenciées qui caractérisent les enquêtes sur commission rogatoire réclament en outre plus de personnel pour traiter les documents, faire la sélection et construire le cas.

François Garnier : Il faut tout de même reconnaître que le pénal a plus de retentissement auprès des entreprises et des dirigeants que le droit de la concurrence.

Laurence Bary : Effectivement, je pense que dans l'esprit de l'Autorité, c'est une question qui

se pose en opportunité. Le montant des amendes prononcées ne cesse d'augmenter mais il ne peut pas continuer à croître indéfiniment. On atteint aujourd'hui des sommes folles, et si l'on ne parvient pas à avoir des effets dissuasifs par le biais financier, il n'est pas incompréhensible que l'Autorité estime – de son point de vue à la fois répressif et préventif – la menace pénale plus efficace.

Gabriel Lluch : Nos débats sur l'utilisation de l'article 40 du CPP ou L420-6 du Code de commerce ne sont pas repris dans ces termes au sein de l'entreprise. Le risque d'être pénalement réprimé est déjà en lui-même un outil de prévention que l'on brandit en tant que juriste. Mais la réflexion actuelle est encore perçue comme très experte. Le changement de monde et la prise de conscience ne sont pas toujours suffisants, et viendra malheureusement au moment où l'entreprise connaît en pratique ce type de perquisitions, et en premier lieu les équipes juridiques, mais aussi les autres salariés. Une perquisition constitue un choc violent.



Il risque donc d'y avoir un effet assez cataclysmique a posteriori pour celles des entreprises qui n'ont pas compris, et intégré ce risque.

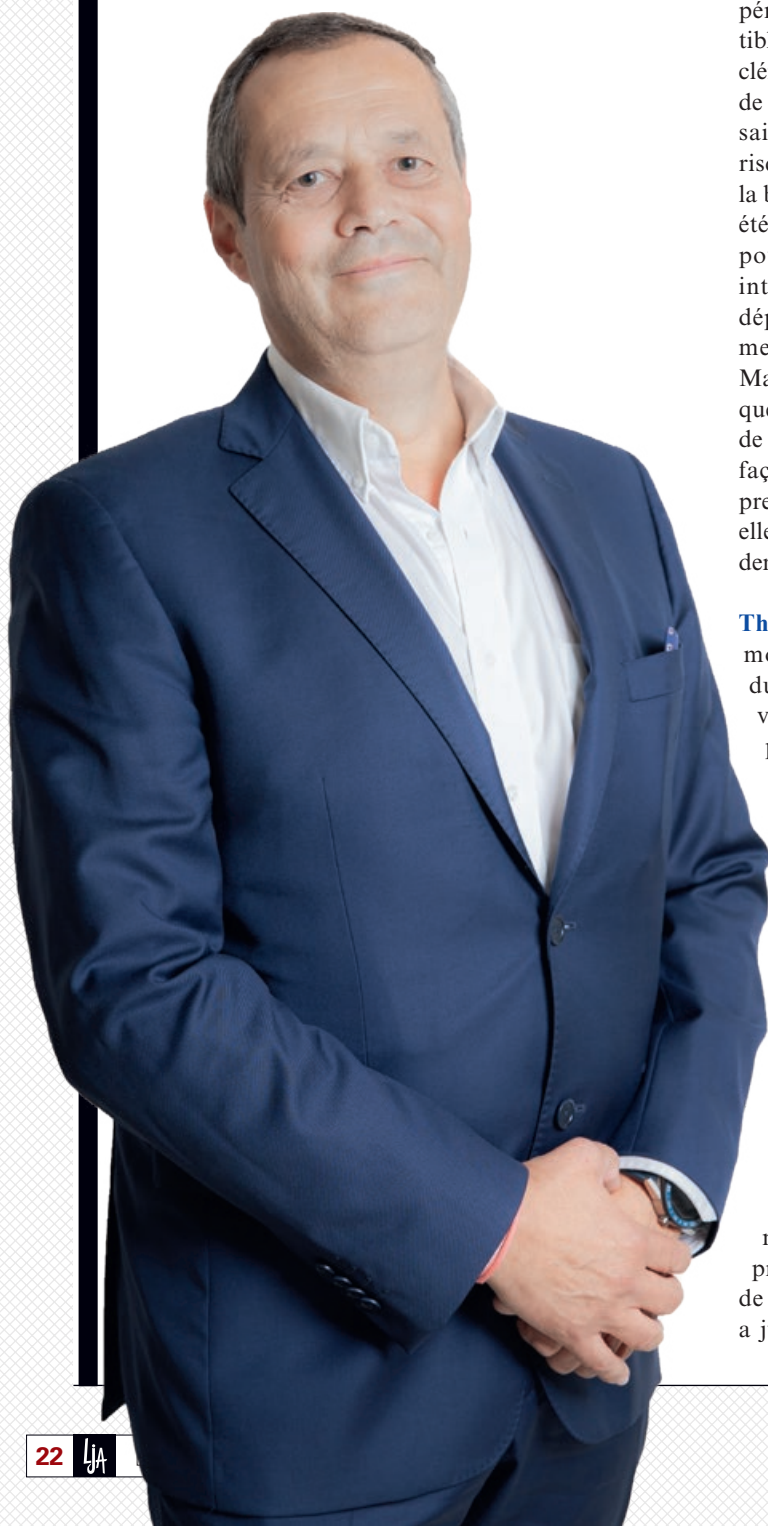
Philippe Guibert : Le choix de la pénalisation sous prétexte d'efficacité est étonnant parce que l'Autorité risque de perdre le contrôle de son enquête assez

tôt, en faisant entrer un élément « exogène », le juge d'instruction, qui mènera son enquête à son rythme et de manière totalement indépendante.

Franck Rohard,

Secretary
General,
Europcar
Mobility Group

Concilier la voie pénale avec la procédure de clémence administrative



Laurence Bary : Ces pratiques pénales sont en outre susceptibles de limiter les demandes de clémence. Après une opération de visite et de saisie, l'entreprise sait assez précisément ce qui risque de lui être reproché, sur la base de l'ordonnance qui lui a été notifiée, et il est assez facile pour elle de mener un audit interne pour, le cas échéant, déposer une demande de clémence auprès de l'Autorité. Mais si elle n'a aucune idée de ce que les enquêteurs sont en train de chercher, et que de toutes les façons ils sont en train de tout prendre, quel est l'intérêt pour elle de demander une clémence derrière ?

Thierry Boillot : Il y a trois moyens d'assurer l'efficacité du droit de la concurrence : la voie administrative, la voie pénale et l'action civile, c'est-à-dire l'action en dommages et intérêts. Si le droit pénal est mis en avant, cela signifie qu'il n'y aura pas de clémence possible sauf à prévoir des cas d'immunité. Ne faudrait-il pas introduire en France un vrai droit pénal de la concurrence ?

Yann Utzschneider : La directive ECN+⁴ prévoit un principe d'immunité pénale en cas de demande de clémence sauf si l'État membre prévoit une simple atténuation de sanction pénale. La France a jusqu'au 4 février 2021 pour

transposer le texte. La situation où il y a perquisition puis demande de clémence pose un certain nombre de questions. Est-ce que le fait que le juge d'instruction délivre une commission rogatoire ferme la voie d'une immunité totale de type 1A ? Peut-on considérer que dans ce cas l'Autorité ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour réaliser une inspection ? Quant à l'immunité totale de type 1B, elle devrait être encore ouverte mais il faudra rapporter la preuve de l'infraction. Se pose également la question de la conciliation entre le secret de l'instruction et la confidentialité au titre de la clémence. L'entreprise coopère de manière active avec l'Autorité dans le cadre de sa demande de clémence et donc elle s'auto-incrimine. Pour autant elle ne peut pas informer le juge d'instruction qu'elle est en train de discuter d'une demande de clémence avec l'Autorité de la concurrence. Dans cette hypothèse, elle mettrait à mal sa demande de clémence sauf si elle a obtenu l'accord préalable de l'Autorité. Si l'entreprise fait le choix de demander une clémence, les dirigeants sociaux qui sont poursuivis pénalement ne pourront pas en informer le juge d'instruction

Notes

(4) Directive 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, Article 23.



pour préserver la confidentialité de la clémence. Ils ne pourront pas non plus révéler à l'Autorité les informations de l'instruction pénale sans mettre à mal le secret de l'instruction. L'articulation entre ces deux procédures est loin d'être évidente. Il ne faut pas non plus négliger les risques de conflit d'intérêts entre la personne morale et les dirigeants, surtout si ceux-ci ont quitté l'entreprise.

François Garnier : L'articulation américaine pourrait éclairer car, outre-Atlantique, les dirigeants peuvent être associés à la procédure de clémence. En France, l'émergence de cette pénalisation du droit de la concurrence est encore un peu hybride. Les entreprises n'ont pas à leur disposition les outils qu'elles ont déjà aux États-Unis pour pouvoir gérer de telles situations de façon convenable. Pourrait-on espérer, qu'à terme, le juge pénal français et les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence se coordonnent correctement ? J'en doute.

Philippe Guibert : Les États-Unis ont clairement fait le choix du droit pénal et ce, depuis des années. Si une infraction concurrentielle y est constatée, la voie de la prison est clairement privilégiée. En France, à supposer que l'évolution de la pratique dont nous discutons se généra-



lise, il y aura une mise en examen et peut-être un déferrement en correctionnelle du dirigeant qui a pris une part prépondérante et personnelle dans les pratiques en cause. Parallèlement, une amende pourra être pronon-

cée par l'Autorité à l'encontre de la personne morale, puisque l'Autorité de la concurrence aura dans l'intervalle demandé au juge d'instruction d'avoir communication des pièces pour instruire son enquête administrative sur les faits relevant, cette fois, du « pur » droit de la concurrence. Puis, les victimes des pratiques anticoncurrentielles pourront lancer des poursuites civiles pour obtenir des dommages et intérêts devant les juridictions ordinaires. En clair, nous risquons de cumuler les trois régimes – pénal, administratif et civil ; c'est la triple peine. À ma connaissance, nous serions l'un des seuls États industrialisés à présenter un régime aussi répressif...

François Garnier : En France, la dissociation de traitement entre personne physique et personne morale est inédite. Jusqu'à présent, en matière de concurrence, c'était la responsabilité de la personne morale qui était avant tout recherchée, pas celle de la personne physique. Désormais,

ce sont les deux. Par ailleurs, il ne faut pas négliger le coût pour les entreprises qui auront désormais l'obligation de recourir à deux avocats, l'un en droit de la concurrence, l'autre en pénal.

Philippe Guibert : Il y a d'ailleurs eu un débat sur la responsabilité

de la personne morale, car l'article L420-6 vise les poursuites à l'encontre des personnes physiques. Le vice-président chargé de l'instruction au TGI de Paris, Dominique Blanc, s'est d'ailleurs récemment exprimé lors d'une conférence en indiquant que, pour lui, cette notion devait

à juste titre s'interpréter strictement et que l'élargissement à la personne morale n'était pas acquis – ce qui est important.

François Garnier : Les entreprises sont d'abord préoccupées par la question de la personne physique.

Gabriel Lluch,

General Counsel competition and regulation department, Orange

Le risque d'atteinte aux droits de la défense

Marie-Pascale Heusse : Un des arguments avancés en faveur de l'usage de l'article 40 CPP au stade de l'enquête est de dire que l'exercice des droits de la défense des personnes physiques suspectées ne serait que « retardé » jusqu'à la mise en cause.

Philippe Guibert : Il y a quand même un vrai sujet, car on ne peut tenter un recours contre les opérations de perquisitions qu'à partir du moment où un acte a été pris par le juge d'instruction, ce qui peut prendre des années.

Marie-Pascale Heusse : Et quid s'il y a un non-lieu au pénal mais que l'affaire se poursuit devant l'Autorité de la concurrence? L'entreprise aura été privée de ses droits pourtant acquis dans le cadre de la procédure administrative (présence de son avocat, protection des documents couverts par le legal privilege, recours immédiat...). Une telle violation au stade préliminaire de l'enquête pourrait se révéler irrémédiable et ne devrait donc pas manquer d'être sanctionnée en appel...

Franck Rohard : Comment la loi française peut permettre l'uti-

lisation de matériel recueilli lors d'une enquête en l'absence d'infraction? C'est une question de droit fondamental! Comment utiliser les éléments saisis lors d'une perquisition alors que la cause de celle-ci n'existe pas?

Philippe Guibert : En cas de non-lieu, le dossier pénal ne devrait plus exister. Nous attendons donc avec impatience qu'un recours soit intenté sur cette question. La situation est, en effet, singulière : lorsqu'un juge d'instruction conduit une instruction, incluant notamment une infraction présumée en droit de la concurrence, il faut souvent attendre plusieurs années avant qu'il ne prenne un acte. Or la personne poursuivie n'a un droit de recours que le jour où cet acte est adopté. Tous les documents d'avocats ont depuis longtemps été examinés dans le cadre d'une saisie informatique ou physique « globale ». Rappelons que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit un droit de recours effectif et immédiat après des visites et saisies, d'autant plus s'il y a eu une commission rogatoire au profit des services d'instruction de l'Autorité pour une entente ou une pratique anticoncurrentielle présumée. Il y a ici un risque grave d'atteinte aux droits de la défense.



Gabriel Lluch : Les auditions se passent en présence des rapporteurs de l'Autorité de la concurrence, donc cela va plus loin que la simple saisie de documents. La puissance de feu du droit pénal est associée à l'intelligence de la compréhension des dossiers de concurrence. Il y a là encore une zone grise sur la répartition des rôles.

Yann Utzschneider : Il est certain que la loi Hamon, qui a permis au juge pénal de délivrer des commissions rogatoires aux agents de l'Autorité de la concurrence, facilite finalement cette pénalisation et le recours à l'article 40 du CPP. La tâche est plus aisée pour le juge d'instruction

qui n'a pas l'expertise, et qui peut requérir des rapporteurs.

Philippe Guibert : Gardons en tête que les magistrats de l'ordre pénal sont débordés. Quand il y a deux millions de pièces qui ont été saisies, ils ont quelques gendarmes à leur disposition et un ou deux rapporteurs de l'Autorité pour les assister à conduire l'enquête. La tâche est difficile...

Yann Utzschneider : On ne peut pas exclure que demain le juge d'instruction s'adresse à la DGCCRF ou à l'Autorité en qualité d'expert, en ayant recours à l'article 60 du CPP pour l'aider à réaliser certains actes. C'est ce qu'on a vu dans certains dossiers d'infractions économiques par le passé, s'agissant de l'assistance d'agents de la DGCCRF. Et si l'Autorité instruit dans le même temps de son côté, on se demande comment l'enquête de concurrence et l'enquête pénale vont se concilier.

Laurence Bary : Mais les problèmes de droit de la défense sont bien plus vastes ! Nous n'évoquons ici que l'hypothèse des saisies massives, mais il y a eu des dossiers, notamment l'affaire des monuments historiques, où il s'agissait d'écoutes. Or quelle est la voie de recours sur ces aspects, si jamais le volet pénal est abandonné, fermant ainsi la voie de ce côté-là ? Aujourd'hui, il n'y en a aucune.

Philippe Guibert : L'article 463-5 du Code de commerce⁵ autorise l'Autorité de la concurrence à avoir accès aux pièces du dossier pénal lorsqu'elle est saisie de faits ayant un lien direct avec l'enquête. Le texte sous-entend bien que l'Autorité doit avoir ouvert un dossier en droit de la concurrence. Dans l'hypothèse que nous évoquons, il n'y en a pas, en tout cas « officiellement ». Il y a seulement le juge pénal qui instruit. Mais l'Autorité va

Notes

(5) Article L 463-5 du Code de commerce : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie. »

cependant avoir accès à toutes les pièces du dossier pénal, va faire le tri dans ce qui l'intéresse et va dire, en dépit du non-lieu éventuellement prononcé par le juge pénal, qu'elle s'autosaisit. C'est un véritable problème d'accès au dossier et de loyauté de la preuve pour les entreprises poursuivies.

Franck Rohard : Logiquement, le dossier n'existe que s'il y a infraction. S'il n'y a pas d'infraction, je ne comprends

pas comment l'Autorité peut demander les pièces d'un dossier qui n'existe plus.

Philippe Guibert : Imaginons une instruction pénale visant des pratiques anticoncurrentielles et deux ou trois autres infractions pénales « accessoires ». Le juge prononce un non-lieu, faute de preuves. L'Autorité de la concurrence pourra quand même demander l'accès au dossier pénal et « reconstruire » un dossier de concurrence derrière, ce qui soulève un véritable risque au regard du principe de *non bis in idem* et de contrariété de décisions.

Franck Rohard : Mais à quoi l'Autorité aurait accès puisqu'il n'y a plus de dossier ?

Yann Utzschneider : La question est de savoir s'il s'agit d'un vrai dossier mixte avec d'autres infractions pénales comme le blanchiment de fraude fiscale, l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance ou la corruption. Si l'enquête concerne en fait uniquement de possibles infractions au droit de la concurrence et n'est pas vraiment mixte, on peut effectivement se poser la question des visées de l'arme pénale et s'il n'y a pas un risque de détournement de procédure.

Thierry Boillot,

Directeur
Concurrence
- AFEC
(Association
Française de
l'étude de la
concurrence)



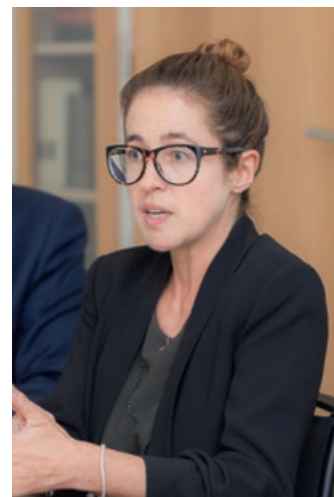
Concilier l'enquête administrative avec les CJIP

Philippe Guibert : Il ne faut pas négliger non plus la question de la concordance avec les CJIP. Si le juge d'instruction caractérise une ou deux infractions pénales et souhaite tout traiter dans la même convention, y compris les éventuelles infractions au droit de la concurrence, afin d'inciter les entreprises à transiger et clore ainsi la procédure, comment l'Autorité de la concurrence pourrait-elle poursuivre par la suite ? Il y a, ici aussi, un problème de *non bis in idem*. Nous expliquons aux magistrats qu'ils n'obtiendront pas de l'entreprise qu'elle conclut une CJIP avec un risque d'amende qui peut aller jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires, si c'est pour ensuite se voir infliger une amende de plusieurs millions d'euros par l'Autorité de la concurrence. Et de surcroît subir ensuite les condamnations civiles suite aux recours des tiers plaignants. Donc, pour inciter à conclure une CJIP, il faudrait

que « tout » soit inclus dedans.

François Garnier : Pour que le système fonctionne correctement, il faut que l'une des deux autorités accepte de laisser la main à l'autre. Mais j'ai un peu de mal à l'imaginer.

Marie-Pascale Heusse : Y a-t-il déjà eu des CJIP en la matière ?





Philippe Guibert : Pas à ma connaissance. C'est un vrai sujet, car les juges d'instruction ont une masse de travail considérable. Lorsqu'ils ont un dossier avec des millions de pièces à examiner qui va leur demander 3 ou 4 années d'instruction, beaucoup d'auditions et qu'on leur dit au bout de 6 mois qu'on est prêt à conclure une CJIP – parce qu'il y a effectivement matière pour l'entreprise à entrer dans cette voie procédurale et proposer une telle convention –, j' imagine difficilement qu'ils refusent compte tenu des gains de temps et de ressources que cela implique.

François Garnier : Les pratiques relatives aux sanctions AMF ont parfois démontré la difficulté d'articulation avec les enquêtes pénales.

Yann Utzschneider : Au niveau international, le droit de la concurrence est depuis fort longtemps assimilé à la matière pénale au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Notes

(6) CEDH Lilly France S.A. c/ France, 3 décembre 2002, n° 53892/00.

(7) CEDH A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie, 27 septembre 2011, n° 43509/08.

Depuis les affaires Lilly⁶ et Menarini⁷, toutes les garanties de la procédure de concurrence relatives au droit au procès équitable sont les mêmes qu'en droit pénal interne. Tout doit donc être vu à l'aune des mêmes principes. Même si la procédure de l'Autorité de la concurrence est de nature administrative, elle relève également de la matière pénale.

Philippe Guibert : Et la CJIP pose une autre interrogation puisqu'elle n'est ouverte qu'aux personnes morales. Donc comment faire dans le cas de l'article L420-6 qui normalement ne couvre que les personnes physiques ? Les magistrats sont face à un dilemme, comme nous. Le vrai sujet, c'est qu'il y a un problème d'articulation entre les procédures, un problème de textes qui ne sont pas suffisamment précis sur ces questions. Si cette pénalisation du droit de la concurrence continue à se développer, il faudra, à un moment ou à un autre, sans doute penser à introduire une réforme législative pour clarifier les questions d'articulation droit pénal / droit de la concurrence, personne physique / personne morale, mais cela relèvera alors d'un vrai

choix de politique répressive en droit de la concurrence.

Yann Utzschneider : L'article L462-6 alinéa 2 du Code de commerce qui permet au collège de l'Autorité de saisir le juge pénal une fois qu'il a condamné la pratique anticoncurrentielle, assure tout de même une certaine cohérence du dossier. Dès lors, la voie pénale est réservée aux dossiers les plus importants. Dans ce cas-là, il n'y a pas de risque de contradiction. Il est un peu étonnant d'apprendre au milieu d'une enquête de concurrence que le rapporteur général a constaté la connaissance d'un délit de participation à une pratique anticoncurrentielle, alors même qu'il n'a pas encore adressé de notification de griefs.

Philippe Guibert : Les dossiers de droit pénal qui ont été transmis – j'ai deux exemples en tête – se basaient l'un sur une émission de télévision et le second sur un article de journal. Si c'est suffisant pour faire jouer l'article 40 du CPP, cela peut sembler un peu léger.

Yann Utzschneider : Il est donc indispensable d'établir une immunité pénale pour les dirigeants en cas de demande de clémence.

Une nécessaire adaptation des pratiques

François Garnier,
Executive Vice
President,
General
Counsel, IPSEN
Group

François Garnier : Je ne suis pas certain que l'Autorité de la concurrence, à terme, prenne le risque de se dessaisir ainsi de ses prérogatives et de son rôle au profit du juge pénal. Et même si l'on se place sur le plan de l'efficacité,



tant qu'il n'y a pas eu de réflexion au-delà des mesures d'investigation et l'articulation entre les deux autorités, il n'y a pas de certitude que l'on continue sur cette voie.

Thierry Boillot : Pourquoi aux États-Unis, ces procédures pénales, qui existent depuis des années, ne posent pas de problèmes ? Pourquoi ne sont-elles pas transposables en France ?

Philippe Guibert : Il n'y a pas cette coexistence entre plusieurs procédures Outre-Atlantique. C'est une habitude procédurale très claire. On sait qu'il existe un risque pour les personnes en droit pénal. En France, nos débats le soulignent avec acuité, les textes ne sont pas vraiment adaptés aux procédures pénales, ils sont réservés pour des cas extrêmes (une participation personnelle, prépondérante et frauduleuse du dirigeant aux pratiques anticoncurrentielles). Veillons à ne pas les dévoyer.

Franck Rohard : En France, on utilise une chimère qu'on ne sait gérer, alors qu'Outre-Atlantique, la procédure a été structurée, avec des objectifs précis. Le processus est cohérent d'un bout à l'autre.

Thierry Boillot : Cela milite, en

fait, pour une refonte du droit des pratiques anticoncurrentielles en France comme on est en train de la faire en droit des concentrations.

Philippe Guibert : Je crois que la rédaction d'un droit pénal de la concurrence n'est pas le sens de l'histoire. D'abord parce que la directive ECN+ ne va pas dans la direction d'une pénalisation du droit de la concurrence. Ensuite parce que le droit français de la concurrence a toujours voulu faire du droit pénal « l'exception ». Le rapport Coulon, en son temps, avait d'ailleurs lui aussi préconisé d'utiliser ces outils avec beaucoup de précautions.

Laurence Bary : Si l'on s'oriente sur un modèle à l'américaine hyperpénalisé, comment articuler nos pratiques avec celles de la Commission qui n'a pas ce pouvoir ? On a quand même créé, en Europe, un système cohérent, qui fonctionne bien, avec des Autorités qui parviennent à travailler ensemble et un réseau des Autorités de concurrence efficace. Remettre tout en cause parce qu'on a envie de faire des écoutes me paraît assez court-termiste, et je ne suis pas



sûre qu'il y ait un avantage réel à l'intervention du législateur pour favoriser – même en les encadrant – ces pratiques.

Marie-Pascale Heusse : Nous allons devoir modifier nos process internes, même si nous ne sommes pas certains que la tendance se confirme. Au-delà de l'aspect compliance et de la mise à jour de notre documentation de référence que j'ai déjà évoqués, il est clair que nous devons également évoluer dans la gestion de nos dossiers de conseil en ayant toujours à l'esprit qu'en cas de perquisition pénale, les échanges avocats/clients (mails, legal opinion, etc.) seraient saisis par les enquêteurs.

Gabriel Lluch : Il faut revoir l'ensemble de nos process parce qu'on a expliqué aux personnes

comment il fallait réagir dans le cadre d'une enquête, comment on traite un délit d'entrave, etc. Le phénomène actuel réclame de reprendre les bases parce qu'il s'agit aujourd'hui de perquisitions en matière pénale, avec des règles différentes, auxquelles les salariés ne sont absolument pas préparés. Nous sommes en train de réaliser ce travail et nous essayons de nous doter d'outils de pédagogie pour apprendre à chacun comment réagir face à ces situations, au-delà même d'une meilleure caractérisation par les textes dont nous avons besoin. Ce droit s'est instauré récemment par une évolution de la pratique et les recours n'arriveront pas, malheureusement, qu'après plusieurs années. Il faut espérer une clarification législative, avant que les recours ne soient examinés.

Laurence Bary : Les règles en matière d'enquête administrative et en matière d'enquête pénale sont différentes du point de vue de la compliance. Par exemple, le champ du privilège qui couvre les communications avocat-client est beaucoup plus restreint en matière pénale. Donc tous les process qui ont été mis en place, notamment sur le recours à l'avocat, tombent si la procédure devient pénale. L'entreprise peut former les gens, mais les former à quoi ? Elle se retrouve à mettre en place des programmes de compliance dont on ne sait pas s'ils tiennent ou non. C'est très compliqué.

Marie-Pascale Heusse : L'entreprise et plus particulièrement les personnes en charge de la conformité au droit de la concurrence (direction juridique

comme cela est le cas au sein de notre groupe ou direction conformité) doivent être en permanence à l'affût de toutes les évolutions, fussent-elles aussi inattendues que celle qui nous occupe aujourd'hui, pour adapter les process internes en temps réel. Une tâche sûrement plus évidente pour des juristes spécialisés en la matière.

Yann Utzschneider,
Associé, White
& Case



François Garnier : Je crois qu'il y a aujourd'hui une vraie maturité de l'entreprise en droit de la concurrence sur la formation, la compliance. Les équipes internes connaissent désormais ces sujets, savent gérer les procédures. Mais gérer une procédure pénale, ce n'est pas la même chose, c'est plus brutal.

Yann Utzschneider : Il faut surtout savoir jusqu'où l'entreprise accepte de s'investir dans la défense de ses représentants et de ses cadres. Si l'on reprend les statistiques disponibles, on s'aperçoit que les affaires pénales sont plutôt en baisse aux États-Unis depuis 2015. Il y avait environ 60 affaires en 2015 contre seulement 18 en 2018 dans lesquelles 28 personnes physiques ont été condamnées pénalement. En France, les agents de l'Autorité ont participé à six perquisitions pénales entre 2016 et 2018. Le phénomène est donc, à notre échelle, assez important. Mais s'agit-il simplement d'une question conjoncturelle liée à l'émergence de telle ou telle affaire ou d'un mouvement de fond ?

Marie-Pascale Heusse : L'Autorité de la concurrence a fait réaliser en 2017 un sondage auprès des Français pour examiner comment ils appréhendaient les sujets de concurrence⁸, déterminer leur opinion au sujet des cartels au regard de délits tels que le vol, agression physique, etc. Ce sondage révélait qu'en France, la culture de concurrence est moins développée que dans les pays anglo-saxons. Un constat qui peut certainement s'expliquer par le poids que revêtent, pour l'opinion publique, les sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Cela étant, sanction pénale vs sanction administrative ; prééminence de l'action administrative sur l'action pénale ou *vice et versa*... sont autant de choix qui doivent résulter d'une politique générale de la concurrence menée sur moyen/long terme et non d'une stratégie procédurale qui semble court-termiste. ■

Notes

(8) La perception des cartels et de la politique de concurrence en France : analyse et implications, Emmanuel Combe et Constance Monnier, PRISM-Sorbonne. Communiqué de l'ADLC du 22 janvier 2018.

Vers une pénalisation accrue du droit de la concurrence : quelles conséquences ?

Par **Frédéric Puel, Nicolas Gransard, Marie Koehler de Montblanc, Marie du Gardin, Laurent Francois-Martin, Pierre de Gouville, Boris Ruy, Fidal.**
* les auteurs remercient Marie-Louise Hyvernaud, Lucie Marchal, Nicolas Giacobi et Pierre Siquin pour leur participation à la rédaction de cet article

L'arsenal répressif français en droit de la concurrence a été conçu dans une optique de dissuasion. L'objectif était ainsi de prévoir des sanctions décourageant les opérateurs de commettre des pratiques anticoncurrentielles. Les articles L.420-3 et L.464-2 du Code de commerce prévoient ainsi la nullité des accords conclus en violation des règles de concurrence et une amende administrative conséquente (plafonnée à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe). L'article L.420-6 prévoit quant à lui des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques.

L'Autorité de la concurrence s'est principalement focalisée sur les personnes morales, infligeant des amendes exemplaires, estimant sans doute que la ponction au portefeuille d'une entreprise constitue le moyen le plus efficace pour, d'une part, dissuader les opérateurs du marché de se livrer à des pratiques interdites et, d'autre part, éviter leur réitération.

L'Autorité a, jusqu'à présent, très majoritairement exploité ses pouvoirs administratifs en infligeant des amendes aux sociétés, n'utilisant l'arsenal répressif pénal à l'encontre de personnes physiques que pour quelques dossiers faisant souvent intervenir des personnes publiques.

L'Autorité de la concurrence pourrait à l'avenir multiplier les recours à la procédure pénale afin d'accroître ses pouvoirs d'investigation.

La faculté offerte au juge d'instruction par l'article L.450-1 II bis du Code de commerce de déléguer une partie de ses pouvoirs aux agents de l'Autorité de la concurrence par commission rogatoire pourrait ainsi inciter celle-ci à mettre en cause plus souvent les personnes physiques (article L.420-6).

Quel est l'impact de ce type de procédure, en matière de droits de la défense notamment ? Quelles en sont les conséquences pour les personnes physiques ? Quelle stratégie de défense adopter ?

Si la jurisprudence a apporté des réponses à certaines de ces questions, des doutes subsistent. Un arrêt à venir de la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait nourrir le débat au niveau national.

ENQUÊTES PÉNALES EN DROIT DE LA CONCURRENCE : QUELS IMPACTS POUR LES ENTREPRISES ?

Régulièrement menées par l'Autorité de la concurrence, les opérations de visite et saisie (OVS) réglementées par l'article L. 450-4 du Code de commerce présentent un certain nombre de garanties procédurales, dont notamment l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, la présence possible d'un avocat tout au long de la perquisition et la signature et la remise d'un procès-verbal à l'issue de la perquisition. Tant la décision d'autorisation de l'opération que son déroulement sont susceptibles de recours devant la cour d'appel. Ces garanties procédurales sont justifiées par les larges pouvoirs dont bénéficient les autorités françaises, lesquels n'ont cessé de s'accroître comme en témoigne encore récemment la réforme introduite par la loi Pacte permettant aux agents chargés de l'instruction de se faire communiquer les factures détaillées des opérateurs de téléphonie mobile des personnes visées par l'enquête (les « fadettes »).

Aujourd'hui, il apparaît que l'Autorité fait un usage plus fréquent des enquêtes pénales de concurrence, sur commission rogatoire d'un juge d'instruction. La procédure se déroule alors en plusieurs étapes. Sur le fondement de l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale, les services d'instruction de l'Autorité informent le procureur de la République de faits dont ils ont connaissance, qui relèvent par exemple, de délits de corruption, d'octroi d'avantages injustifiés ou de l'article L. 420-6 du Code de commerce si une personne physique a frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la commission d'une pratique anticoncurrentielle. Une fois le dossier communiqué au procureur, ce dernier peut désigner un juge d'instruction qui pourra solliciter les agents de l'Autorité sur commission rogatoire sur le fondement de l'article L. 450-1 II bis du Code de commerce. L'enquête ayant une nature pénale, les agents de l'Autorité pourront procéder à des écoutes téléphoniques, surveillances, perquisitions, gardes à vue et autres moyens coercitifs spécifiques au droit pénal, dont ne dispose habituellement pas l'Autorité

INTERVIEW CROISÉE



Frédéric Puel et Nicolas Gransard, Avocats associés, responsables du département Concurrence de Fidal.

dans le cadre des OVS. L'Autorité aura ensuite la faculté de demander communication des pièces ainsi obtenues pour les verser à son dossier d'instruction dans le cadre de sa propre enquête administrative (article L. 463-5 Code de commerce). Selon le rapporteur général de l'Autorité, ce type de procédure présente de nombreux avantages, tels que la possibilité de mutualiser des « *ressources et compétences des différents services figurant sur la commission rogatoire* » ou d'utiliser des « *moyens supplémentaires pour empêcher la dissimulation de preuves* » (Concurrences, Conférences du 6 décembre 2018). Ces enquêtes sont bien évidemment encadrées, la procédure pénale étant dirigée par un magistrat indépendant. La présence d'un avocat dès le début d'une garde à vue est par ailleurs assurée, de même que la notification du droit au silence dont bénéficie la personne auditionnée.

Du point de vue des droits de la défense, certains sujets continuent toutefois de soulever des questions : absence de recours contre la décision de transmission du dossier au parquet ; absence de garantie de la présence de l'avocat au cours d'une perquisition ; absence de recours immédiat ainsi qu'absence de remise d'un procès-verbal à l'issue de la perquisition ; impossibilité pour l'entreprise d'accéder au dossier pénal du dirigeant ou du salarié et aux éventuelles pièces à décharge, avant mise en examen de ces derniers ; absence d'exigence de forme quant à la transmission des pièces à l'Autorité, le juge n'étant pas tenu de prendre une ordonnance à cet effet.

La jurisprudence à venir de la CEDH devra être à cet égard étroitement observée. Cette juridiction est actuellement appelée à se prononcer sur l'utilisation d'écoutes téléphoniques par l'autorité de concurrence néerlandaise, ces écoutes ayant été réalisées dans le cadre d'une enquête pénale distincte. L'entreprise requérante conteste cette transmission sur le fondement des articles 8 (droit à la vie privée) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention (affaire 2800/16 Janssen de Jong c./Pays-Bas).

LE DROIT PÉNAL DE LA CONCURRENCE : QUELS ENJEUX POUR LES PERSONNES PHYSIQUES ?

Les personnes physiques peuvent être sanctionnées pénalement dans les conditions prévues à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Est ainsi puni de quatre ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 € le fait de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Les conditions d'application de ce délit sont toutefois, comme pour toute infraction pénale, d'interprétation stricte. Les quelques condamnations que l'on dénombre concernent surtout des infractions sanctionnées dans le cadre de marchés publics. Mais il convient de préciser que l'article L.420-6 du Code de commerce ne se limite pas à ce domaine et concerne potentiellement tout type d'entente ou abus de position dominante. Il est donc essentiel que ces acteurs du marché (dirigeants et salariés) soient formés aux règles de concurrence pour connaître et comprendre la ligne de partage des crêtes entre les comportements interdits et autorisés sur le marché et ainsi exprimer en conformité avec le cadre légal leur dynamisme commercial. Les enjeux d'une pénalisation accrue du droit de la concurrence pourraient également se faire ressentir sur les procédures négociées telles que la clémence ou la transaction. Il est vrai que l'Autorité, dans son communiqué de procédure relatif au programme de clémence indique que « *la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier* ». Toutefois, la Directive ECN+ du 11 décembre 2018, n'exclut pas, en son article 23, la possibilité d'une sanction pénale (certes atténuée) en cas de procédure de clémence. Au regard de ces enjeux, le rôle de conseil de l'avocat, spécialiste du droit de la concurrence et pouvant s'appuyer sur un spécialiste de la procédure pénale, sera primordial dans la défense des entreprises, de leurs représentants et de leurs

INTERVIEW CROISÉE

salariés ainsi que dans le choix éventuel d'une procédure négociée. Enfin, qu'en est-il d'une éventuelle responsabilité pénale des personnes morales ? À ce jour, la jurisprudence n'a pas tranché l'épineuse question de l'application de l'article L. 420-6 aux personnes morales. Si cette disposition fait bien référence aux « *personnes physiques* », il n'est pas certain que les personnes morales en soient exclues depuis que la loi Perben II du 9 mars 2004 a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales en supprimant le principe de spécialité initialement prévu à l'article 121-2 du Code pénal. Une telle extension poserait alors la question de l'application du principe *non bis in idem*, puisque la personne morale serait sanctionnée pour les mêmes faits à la fois par les juridictions répressives et par l'Autorité.

Le recours aux enquêtes pénales de concurrence induit un accroissement des moyens d'investigation à la disposition de l'Autorité de la concurrence, qu'il convient de mettre en parallèle avec les pouvoirs dont elle bénéficie déjà sur le plan purement administratif, les sanctions pécuniaires importantes qu'elle peut infliger et l'imputation systématique des pratiques aux sociétés mères. Face à un tel mouvement, le rôle de conseil de l'avocat sera primordial pour accompagner les entreprises, leurs représentants et leurs salariés dans la bonne marche à suivre, tant au regard du droit économique que de la procédure pénale. ■

L'équipe « Concurrence » de FIDAL intervient pour des entreprises, des collectivités publiques et des fédérations professionnelles auprès des autorités nationales de contrôle et des juridictions spécialisées. Elle a acquis une renommée particulière à l'occasion de dossiers complexes en conseil et en contentieux des pratiques anticoncurrentielles, concentrations, aides d'État, et pratiques restrictives.

Avec plus d'une vingtaine d'avocats experts présents partout en France (à Paris et dans les principaux centres économiques) et à Bruxelles, l'équipe « Concurrence » de FIDAL propose une assistance immédiate et coordonnée en cas d'inspections multisites, un conseil de proximité tenant compte des contraintes et des marchés locaux et la mise à disposition de solutions inventives, telles qu'une application Smartphone « Antitrust Alert by FIDAL® » ou un « audit flash » de concurrence interactif.

Cette équipe rehaussée par la présence d'anciens membres d'autorités de contrôle et d'avocats pénalistes bénéficie d'un réseau de cabinets partenaires à l'international avec lesquels elle a l'habitude de coopérer étroitement et dont elle partage les valeurs de compétences et de qualité de service.



PARIS REGTECH FORUM

2 OCTOBRE 2019
Espace Saint Martin
75002 - Paris

FÉDÉRER L'ÉCOSYSTÈME REGTECH FRANÇAIS
CONNAÎTRE LES BESOINS DES DIRECTIONS
JURIDIQUES EN MATIÈRE DE REGTECHS

SAVE THE DATE

<https://www.parisregtechforum.com>

Par Anne Portmann



© MARK DAVIES

Derains & Gharavi : tradition et diversité

Le cabinet parisien d'arbitrage international aborde sa seconde décennie d'existence avec enthousiasme et entend encore consolider sa position de place. Il tire sa force et son agilité de son esprit d'équipe qui cimente la diversité de ce cabinet où plusieurs nationalités, langues et cultures se côtoient.

Derains & Gharavi est à la croisée du droit continental et du droit anglo-saxon. Le rapprochement des deux fondateurs n'avait, *a priori*, rien d'évident. Mais le cocktail a pris dès le début et les différents éléments ont réussi à s'assembler en un ensemble homogène. Yves Derains, qui a fondé son cabinet au début des années 1980, y exerçait avec son fils Bertrand. Il a rencontré Hamid Gharavi par l'entremise de Serge Lazareff. « *C'était le premier cabinet de niche de Paris et j'avais besoin de lui donner une base plus solide. Je voulais qu'il puisse rivaliser avec des cabinets plus importants.* » Hamid Gharavi avait, lui fait ses armes dans de gros cabinets anglo-saxons, au sein desquels il s'était forgé une belle notoriété. Il souhaitait se libérer des contraintes administratives imposées par les grandes structures et avait soif de souplesse et d'adaptabilité. « *Nous avons la même approche des dossiers et la volonté de privi-*

légier la qualité et le sur-mesure. » Les deux avocats, tous deux arbitres, ont déjà à l'époque une forte renommée et leurs clients les suivent naturellement.

SOUPLESSE, ADAPTABILITÉ, RÉACTIVITÉ

Seulement l'arbitrage et tout l'arbitrage. Telle pourrait être la devise du cabinet Derains & Gharavi, au sein duquel les dossiers sont équitablement partagés entre arbitrage commercial et arbitrage d'investissement, activité d'arbitre et activité de conseil. Cet équilibre, les associés y tiennent. « *Alterner les fonctions d'arbitre et de conseils nous enrichit* », lance Hamid Gharavi. Cette double casquette leur permet également d'attirer les beaux profils. C'est d'ailleurs pourquoi Mélanie Van Leewen a décidé de rejoindre le cabi-

PORTRAIT

net en 2011. Au sein de la grande structure à laquelle elle appartenait naguère, elle ne pouvait plus développer son activité d'arbitre qui était, par principe, moins rémunératrice que celle de conseil. *« Rejoindre le cabinet Derains & Gharavi m'a offert la liberté nécessaire au développement d'une pratique d'arbitrage réussie, aussi bien comme arbitre que comme conseil »*, se réjouit-elle.

Dans le monde feutré de l'arbitrage, le cabinet jouit d'une belle notoriété et se positionne comme une alternative performante. L'un de ses clients fidèles, Karl Hennessee, senior vice-président chargé du règlement des litiges chez Airbus, loue le raffinement de l'équipe. *« C'est un cabinet très spécial, leur finesse et leur sens stratégique me conduisent à faire appel à eux pour les dossiers qui comptent. »* Les associés savent notamment gérer les multiples facettes d'un dossier international, comprenant par exemple un volet pénal.

« En tant que conseils, nous agissons comme une structure commando, en constituant à chaque fois de petites équipes sur mesure, adaptables et agiles », explique Hamid Gharavi. Cette souplesse permet aussi au cabinet d'adapter les règles de facturation. *« Dans une grande structure, lorsque nous voulions faire accepter une convention d'honoraires qui sortait de l'ordinaire, il fallait demander une série d'autorisations »*, se souvient Hamid Gharavi.

La maison se donne, elle, les moyens de donner une réponse au client dans la journée, que ce soit pour une convention d'honoraires ou l'existence d'un conflit d'intérêts. Car du fait de sa taille, le cabinet a une visibilité rapide sur les potentiels conflits d'intérêts qui pourraient se poser. Les six associés, trois hommes et trois femmes, à parité parfaite et rare dans ce secteur où les hommes dominent, discutent entre eux en permanence. Leur système de rémunération mis en place encourage d'ailleurs à la coopération et à la bonne entente. Yves Derains estime que l'absence de conflit commercial entre différents bureaux présente aussi un avantage. *« Dans les grandes structures, il arrive souvent que le bureau de Hong Kong déploie des efforts sur une durée importante pour séduire un client important et au moment où il rentre le dossier, le bureau parisien lui dira qu'il y a un conflit d'intérêts... Pas question de cela chez nous. »*

UNE ÉQUIPE SOUDÉE

Ici, l'entraide est de mise en cas de crise. *« Nous sommes adaptables et très attentifs les uns aux autres »*, reconnaît Bertrand Derains. Chaque associé sait quel dossier est la préoccupation du moment chez l'autre. *« Lors d'une situation de crise dans un dossier contre la Libye sur lequel je travaillais avec Nada Saber et deux collaborateurs, l'État libyen aggravait le différend et refusait de nommer un arbitre. L'enjeu était de plus d'un million de dollars. Marie-Laure Bizeau et Bertrand Derains ont aussitôt été appelés à la rescousse pour saisir la cour d'appel pour des mesures conservatoires et la nomination d'un arbitre. »* Yves Derains se souvient, lui aussi, d'un dossier délicat impliquant le Kazakhstan. *« Dans cette affaire, des témoins ont fait l'objet d'intimidations. Nous avons mobilisé les ressources nécessaires pour rassembler les*

preuves et prendre les conclusions requises pour demander des mesures d'urgence dans les 24 heures » Isabelle Stefani, office manager, le constate d'ailleurs régulièrement : *« En cas d'urgence, associés et collaborateurs s'impliquent tous pour mener à bien la mission qui a été confiée à l'un d'eux, même si ce n'est pas leur dossier. »* Et en pareil cas, il n'est pas rare de voir des associés faire des photocopies, l'entraide étant de mise et naturelle, ajoute Marie-Laure Bizeau. La jeune associée, qui représente la nouvelle garde aux côtés de Nada Saber, se sent parfaitement à sa place dans cet univers multiculturel où tout le monde parle plusieurs langues. *« La parité n'est pas un sujet au sein du cabinet. Il m'arrive parfois d'oublier combien c'est une préoccupation importante dans d'autres cabinets »*, confie l'avocate. Mère de deux enfants, elle indique que tous les associés comprennent les impératifs parentaux et qu'au cabinet, l'ambiance est presque familiale. *« C'est l'esprit d'équipe qui règne au sein du cabinet qui nous permet de faire face à la quantité de travail. Il est certain que pour entrer chez Derains & Gharavi, il ne faut pas être individualiste ! »* Et même si le cabinet se développe, cet état d'esprit quasi familial persiste.

SE DÉVELOPPER EN CONSERVANT L'EXCELLENCE

Les associés veillent également aux promotions internes. Marie-Laure Bizeau a rejoint le cabinet comme collaboratrice lorsque Serge Lazareff est parti vers d'autres horizons. Puis en a naturellement été promue associée. C'est ce cocktail singulier des personnalités du cabinet qui l'a séduite. *« Le profil d'arbitre d'Yves Derains et son incroyable connaissance de la matière et le dynamisme de Hamid Gharavi, litigator dans l'âme, auprès de qui j'ai appris la pratique contentieuse »*, dit-elle. Nada Sader, qui a fait toute sa carrière au sein du cabinet, le confirme : *« Avoir pu apprendre le métier auprès d'eux est une chance. »* Yves Derains incarne la force tranquille, aux côtés de l'énergie communicative de Hamid Gharavi. Stagiaire de ce dernier, elle a vécu le rapprochement des deux équipes et a gravi les échelons jusqu'à devenir associée, il y a cinq ans, portée par la confiance que lui faisaient les autres associés. *« Elle faisait des remarques tellement pertinentes lors d'une réunion, qu'un jour, je l'ai poussée à plaider une partie d'un dossier important, alors qu'elle n'avait que deux ans d'expérience »*, dit son mentor. D'origine libanaise, la jeune femme est passionnée par l'arbitrage. *« Il n'y a pas une affaire qui soit identique. On découvre à chaque fois une industrie, une culture, ou encore un pays »*, s'exclame-t-elle. Elle a ouvert, il y a quelques années, une antenne du cabinet à Beyrouth. Un avantage certain dans la région où les cabinets étrangers ne peuvent pas s'installer. Géographiquement, le cabinet, bien implanté en Amérique du Sud du fait de la pratique d'Yves Derains, s'est ouvert avec Hamid Gharavi vers les pays de droit anglo-saxon et le Moyen-Orient. Mélanie Van Leewen exerce, elle, devant les tribunaux et les instances arbitrales aux Pays-Bas. Le cabinet est également très présent en Europe de l'Est, dans les anciennes

PORTRAIT



© MARK DAVIES

républiques soviétiques. L'une des pistes de développement est aujourd'hui le continent asiatique.

Sur fond de mondialisation grandissante du commerce, force est de constater que l'arbitrage est de plus en plus à la mode. Ce qui exige, selon eux, de plus en plus de professionnalisme. « *Faire de l'arbitrage en amateur crée beaucoup de difficultés* », relève Yves Derains. Le premier danger est celui de la lenteur, reproche récurrent qui est fait à la matière. La question de l'indépendance est un autre sujet régulièrement rappelé dans la presse. Pour les associés, il est aujourd'hui demandé aux arbitres et aux conseils une transparence et une exemplarité qui n'existait pas il y a 20 ans. Et le fleurissement de nouvelles institutions arbitrales, qui proposent parfois de faire résoudre des litiges par des arbitres sans expérience, peut nuire à l'image de l'institution tout entière. « *C'est la maladie d'un domaine en développement. Il nous appartient d'avertir nos clients sur le choix des institutions et le choix des arbitres pour assurer le développement sain de l'arbitrage* », prévient Hamid Gharavi.

L'équipe se méfie d'ailleurs du recours aux outils technologiques aux promesses un peu trop belles. « *Une intelligence artificielle ne remplacera jamais l'expérience et la curiosité humaine* », avertissent les avocats. Ils se remémorent ainsi un dossier dans lequel toutes les données concordaient

pour conclure qu'aucun traité bilatéral n'existait entre le Yémen et l'État d'Oman, faute de ratification. « *Une collaboratrice a passé trois semaines à chercher, à questionner, à investiguer. À force de persévérance, elle a découvert que le fameux traité avait été ratifié alors que les sites accessibles en ligne indiquaient tous le contraire* », se souvient Hamid Gharavi, qui n'a qu'une confiance toute relative dans les outils de justice prédictive. « *Ces outils fonctionnent uniquement pour des dossiers comparables. Or, en arbitrage, ce n'est jamais similaire.* » Il ne faut, selon eux, pas négliger l'importance cruciale de l'audience et des plaidoiries. « *Un témoignage peut faire basculer un dossier* », rappelle Yves Derains. « *Lorsqu'un arbitre pose une question en pleine audience, il faut répondre tout de suite. Nous connaissons tous nos dossiers sur le bout des doigts, pour les avoir lus et relus, tout en anticipant les questions* », dit Hamid Gharavi. Guy Lepage, directeur général du fonds d'investissement La Française, qui travaille avec le cabinet depuis ses débuts, relève d'ailleurs que l'investissement des associés dans leurs dossiers, tout le long de la procédure, est remarquable. Tous les associés, qui enseignent, exhortent d'ailleurs leurs étudiants et leurs collaborateurs : « *Lisez toutes vos pièces sur papier, car la lecture sur écran ne développe pas la mémoire visuelle.* » ■

**Avec la LJA, vivez
au rythme de l'actualité
du monde des affaires!**

- ◆ Chaque semaine, **la Lettre** fait un point complet des tendances du marché, suit avec précision les évolutions professionnelles des avocats et des juristes d'entreprise, décrit sans compromis les interventions des conseils juridiques dans les principaux dossiers de la place.
Tous les vendredis, en avant-première, vous recevez dans votre boîte mail le dernier numéro de l'hebdomadaire.
- ◆ Tous les 2 mois, **LJA Le Magazine** vous apporte un éclairage sur les grandes tendances de la profession et la vie des acteurs du droit des affaires.
- ◆ Tous les jours, consultez en **version numérique** vos numéros via l'appli mobile LJA et accédez aux contenus web réservés aux abonnés sur **son site** dédié.

RÉSERVÉ AUX **ABONNÉS**

- Le dernier numéro de l'hebdo en ligne, en pdf et en version feuilletable, ainsi que ses archives depuis janvier 1990
- Le dernier numéro du magazine en ligne en version feuilletable ainsi que ses archives depuis décembre 2001, les dossiers du Mag
- Les organigrammes des directions juridiques : qui fait quoi ?

EN ACCÈS LIBRE

- L'actualité de la profession et de son environnement
- Le fil de Dernière minute
- Le Billet de la rédaction
- Les fiches pratiques
« Manager et communiquer »

→ À tout moment,
retrouvez l'actualité
du monde des
affaires sur [www.lesaffaires.com](#)

www.lja.fr

→ Suivez aussi la LJA sur  @JuristesAffaire

→ Et sur **LinkedIn** [lettre-des-juristes-daffaires](https://www.linkedin.com/company/lettre-des-juristes-daffaires)

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
84

LJA | Bulletin d'abonnement

À retourner à l'adresse suivante: JURISTES D'AFFAIRES ET DÉCIDEURS
Service abonnements - 23 rue Dupont-des-Loges - 57000 Metz
Tél.: 0140 05 23 15 - Mail: abonnements@info6tm.com

OUI, je souhaite m'abonner à **La Lettre des Juristes d'Affaires**

Choix	Réf.	Offres abonnement annuel LJA	Prix HT	Prix TTC
☐	L0010	Entreprises	1 310 €	1 337,51 €
☐	L0010	Cabinets < 10 avocats	1 310 €	1 337,51 €
☐	L0020	Cabinets d'avocats 10 à 49 avocats	1 479 €	1 510,05 €
☐	L0030	Cabinets d'avocats 50 avocats & +	1 785 €	1 822,48 €

Mon abonnement annuel comprend : 47 n° de la Lettre hebdomadaire, 6 n° du LJA Magazine, l'accès au dernier numéro LJA en ligne, un version feuilletable et pdf (au sein de votre structure exclusivement) et à ses archives, dossiers et organigrammes sur www.lja.fr, 1 accès aux n° de la Lettre hebdo et du LJA Mag sur web, smartphones et tablettes via l'appli LJA. TVA 2,1 %. Les tarifs indiqués sont valables jusqu'au 31/12/2019 franco de port et d'emballage sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande. **Pour tout envoi hors de France métropolitaine**, une majoration est prévue sur le prix HT de 10 % pour l'Europe et les DOM-TOM, et de 20 % pour les autres pays. L'abonnement est automatiquement renouvelé d'une année sur l'autre sauf avis contraire de votre part signifié un mois avant la date d'échéance. **Vous pouvez aussi opter pour un accès unique à la version LJA 100 n° Numérique : nous contacter au 01 40 05 23 15**

- ☐ Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de *Juristes d'Affaires et Décideurs*; je recevrai une facture acquittée.
- ☐ Je réglerai à réception de facture.

☐ Mme ☐ M. Nom / Prénom

Fonction

Établissement

Adresse:

Code postal Ville

Tél. | | | | | | | | | | Fax | | | | | | | | | |

E-mail (obligatoire)

Nombre de salariés

N° Siret: _____ Code NAF: _____ LJAAP0000

Date: / / Cachet et signature obligatoires: _____

Conformément à la loi Informatique et Libertés du 6/01/1978 modifiée et au Règlement européen n° 2016/679/UE du 27/04/2016 vous disposez d'un droit d'accès, de rectification, d'effacement, de portabilité et à la limitation du traitement des informations vous concernant auprès de la direction commerciale de la SAS Juristes d'Affaires & Décideurs.

Cachet et signature obligatoires :



Par Olivia Dufour

Emmanuelle Henry, la discrète

Les femmes sont rares dans le M&A, dit-on. Peut-être parce qu'elles sont invisibles. Portrait d'une professionnelle discrète, au talent unanimement salué par ses confrères, et d'une femme aussi passionnée que passionnante.

D'entrée de jeu Emmanuelle Henry nous confie qu'elle n'aime pas les photos, alors si l'on pouvait n'en mettre qu'une seule, ce serait idéal. Et l'on comprend qu'elle n'ose pas nous proposer de ne pas en mettre du tout, mais que sans doute elle préférerait. Au départ, elle voulait même refuser la proposition de portrait. C'est un réflexe classique, notamment dans la profession d'avocat. Quand on propose l'exercice à un homme, il accepte avec enthousiasme ce qu'il analyse comme une marque de reconnaissance. Mais chez les femmes, cela suscite d'abord l'inquiétude, ensuite la tentation de dire non, jusqu'au moment où l'entourage personnel ou professionnel les encourage à accepter. Pour qu'elles cèdent, il faut expliquer que c'est en quelque sorte un devoir, que les femmes ne se mettent pas assez en avant et qu'il faut bien à un moment donné, qu'il y en ait une qui consente à montrer l'exemple. S'agissant d'Emmanuelle Henry, c'est son mari, lui-même avocat associé chez FTMS, qui l'a poussée à dire oui.

CEGETEL, LE DOSSIER FONDATEUR

A priori rien ne la destinait à devenir avocate. Un père ingénieur, une mère enseignante, pas l'ombre d'un juriste à l'horizon. D'ailleurs, au départ ce n'est pas le droit qui l'attire mais le monde des affaires. Et pour y pénétrer, elle passe les concours des grandes écoles de commerce et intègre HEC. C'est là que naît son intérêt pour le droit, « *j'ai opté pour la filière juridique et fiscale et obtenu un DESS de fiscalité internationale qui m'a permis de passer l'examen d'entrée à l'école d'avocats* », confie-t-elle. Le parcours est quelque peu atypique mais il y a quand même une dizaine de diplômés d'HEC qui, comme elle, rejoignent chaque année le métier d'avocat, ce qui finit par constituer une communauté de poids au sein de la profession d'avocat d'affaires. À l'école du barreau, Emmanuelle Henry s'éloigne du fiscal pour se tourner vers le droit des sociétés et mène en parallèle une licence de droit. Fin 1994, elle obtient le Capa, poursuit son cursus en maîtrise de droit et décroche parallèlement un contrat de stage en février 1995 chez Simeon & Associés. Aujourd'hui, le cabinet a disparu, mais c'était une belle firme française où les associés étaient tous titulaires de LLM obtenu aux États-Unis et avaient développé une

clientèle internationale, en particulier américaine. La jeune avocate découvre les fusions & acquisitions avec Jean-Pierre Langlais qui la forme pendant trois ans et demi. « *Les premières années de collaboration sont déterminantes, j'en garde un souvenir très vif, on apprend énormément, pas seulement professionnellement, mais aussi sur soi et sur les autres* », explique-t-elle avec enthousiasme. Un dossier surtout l'a



© MARK DAVIES

PORTRAIT

marquée. Nous sommes au début de la téléphonie mobile. Le cabinet défend les intérêts de SBC dans la constitution de l'actionnariat de Cegetel. Autour de l'actionnaire majoritaire, Vivendi ex-CGE défendu par Gide, il y a aussi British Telecom et Vodafone. Le montage de l'opération dure des mois, c'est un dossier passionnant. Olivier Diaz, qui pilote l'équipe de Gide avec Thierry Vassogne repère vite cette jeune collaboratrice. *« Je l'ai remarquée parce qu'elle défendait très bien son client mais en restant toujours souriante, disponible et sans jamais tenter de passer en force. Toute l'équipe l'adorait et je savais qu'elle s'intégrerait parfaitement »,* se souvient-il. Si elle accepte de les rejoindre, c'est bien sûr que la proposition est tentante mais pas seulement. *« J'ai rencontré mon mari chez Siméon, il était associé, nous nous sommes mariés et nous ne voulions pas exercer dans la même structure, alors j'ai accepté la proposition. »*

Et c'est ainsi qu'en septembre 1998, elle rejoint l'équipe de Thierry Vassogne. Là, elle va ajouter une corde à son arc en apprenant le droit boursier. En fait, ce n'est qu'un passage éclair chez Gide, à peine trois mois, car l'équipe décide de partir chez Linklaters. *« Ce départ a fait du bruit dans la profession et même au-delà car il illustrait le début des grandes recompositions dans les cabinets d'affaires et la place croissante prise par les Anglo-Saxons »,* se souvient l'avocate. *« J'ai vécu cinq années formidables chez Linklaters, un excellent cabinet dans lequel régnait une très bonne ambiance. À l'époque, je continuais à pratiquer le droit boursier avec les ex-Gide mais je commençais aussi à travailler sur des opérations de LBO avec David Aknin; l'activité était encore quasi confidentielle, on commençait tout juste à en concevoir les bases techniques. »*

TECHNICITÉ, NÉGOCIATION, TRAVAIL D'ÉQUIPE

En 2003, Serra Leavy Cazals, un jeune cabinet français spécialisé en M&A s'interroge sur l'opportunité de rejoindre un réseau international pour étendre son champ d'intervention. Et ça tombe bien car l'américain Weil Gotshal & Manges cherche à s'implanter à Paris. *« David Aknin était séduit par le projet, il m'en a parlé, m'a convaincu et je l'ai suivi, raconte Emmanuelle Henry. À l'époque j'espérais devenir associée chez Linklaters, finalement j'ai rejoint Weil en tant qu'associée. »* Ils ne sont encore qu'une quinzaine d'avocats qui ont pour mission d'installer sur la place de Paris un cabinet très réputé aux États-Unis mais quasiment inconnu en France.

Seize ans plus tard, Weil Gotshal est devenu une marque renommée et compte désormais 80 avocats. *« Nous n'avons jamais visé une taille critique. Notre développement, centré uniquement sur nos domaines de compétence, s'est réalisé naturellement par recrutements et croissance interne, précise-t-elle. Tous professionnels et autres membres du cabinet confondus, nous sommes près de 150; en théorie des organisations, c'est un seuil au-dessus duquel il faut structurer, alors pour l'instant on s'en tient à cette taille humaine. »* Le cœur d'activité d'Emmanuelle Henry est les fusions acquisitions mais avec une spécialisation en private equity, principalement LBO.



© MARK DAVIES

Ce qu'elle aime dans ce métier? *« Une activité de conseil qui allie une haute technicité, des qualités de négociation et un travail d'équipe. Je m'épanouis dans la relation avec les autres dans un objectif commun. »* Certes, être avocat d'affaires n'est pas toujours de tout repos mais elle semble s'en accommoder. On devine à son allure très maîtrisée que tout ceci doit reposer sur une grande exigence personnelle et beaucoup d'organisation. *« C'est en effet une question d'organisation mais pas seulement. Chez Weil Gotshal, je partage beaucoup avec mes associés. C'est une grande chance pour avancer dans la durée. »* Et puis il y a les bons moments qui compensent. *« Le métier suppose de concilier la défense des intérêts du client et la capacité à trouver un accord, quand on y parvient, c'est une grande satisfaction décuplée par le fait que cela se gagne en équipe. »*

« ON PEUT ÊTRE HEUREUX DANS UN CABINET D'AVOCATS »

Quand elle a débuté dans le métier dans les années quatre-vingt-dix, les collaborateurs s'épuisaient au travail et ne comptaient pas leurs heures. Mais contrairement à certains, elle conserve un excellent souvenir de cette période. Au point de se passionner aujourd'hui pour tout ce qui touche à la formation et à l'épanouissement professionnel. Elle consacre ainsi une large partie de son temps à explorer les forums de recrutements, organiser des entretiens, prend très à cœur la mission de maître de stage, et s'investit aussi dans l'organisation des week-ends cabinet et autres événe-

PORTRAIT



© MARK DAVIES

ments fédérateurs. « *Il y a deux enjeux dans notre métier, développer la clientèle et recruter les meilleures équipes, puis savoir les retenir. J'ai par exemple en permanence un(e) stagiaire dans mon bureau, c'est une habitude que j'ai prise chez les Anglo-Saxons et ça me plaît beaucoup.* » Si sa génération a souvent tendance à être déstabilisée par les attentes, voire les exigences, des plus jeunes, Emmanuelle Henry ne craint pas d'aborder le sujet. « *Comme nous, ils ont la soif d'apprendre et de se former sur de beaux dossiers. Mais ils aspirent également à trouver un équilibre avec leur vie personnelle. En tant que "chef d'entreprise" d'une certaine manière, je les rejoins, c'est plus motivant de travailler à l'épanouissement de super professionnels que de se cantonner à des objectifs chiffrés. J'ai envie de les convaincre que l'on peut être heureux dans un cabinet d'avocats.* »

LA PASSION DE L'ART

Prenant le M&A ? Assurément. Mais cela n'empêche pas Emmanuelle Henry de s'accorder le temps de vivre. Elle et son mari sont passionnés d'art. Depuis une dizaine d'années, le simple hobby s'est transformé en véritable engagement. C'est ainsi que tous deux sont amis mécènes du Musée du Quai Branly-Jacques Chirac, mais l'avocate est aussi membre du conseil d'administration de la société des amis du musée. « *Certains parlent d'art premier ou d'art tribal. Sans entrer dans le détail du débat terminologique, je préfère non européen ou non occidental. Le point commun de*

tous les objets du musée c'est qu'ils sont extra-européens. » La société des amis a pour objet d'accompagner le développement du musée dans ses différentes activités, de rechercher des mécènes et de créer un lien privilégié à travers des visites, conférences et autres activités. « *Mon mari et moi adorons l'art occidental, mais ces arts-là nous ouvrent vers l'inconnu et, pour reprendre une mission du musée, "le dialogue des cultures".* » Son autre passion c'est la danse, aussi bien classique que contemporaine. C'est sans doute cela qui lui donne ce quelque chose de la sobre élégance de la danseuse de ballet tant dans la manière de se déplacer que dans le port de tête. Elle rit. « *C'est peut-être une forme de mimétisme inconscient. Je suis fascinée par les danseurs... et les danseuses!* » Membre de l'Association pour le rayonnement de l'opéra de Paris (Arop), elle soutient également une troupe de danseurs de l'opéra, nommée 3^e étage, montée il y a une dizaine d'années par un chorégraphe qui, outre son travail à Garnier, propose d'autres spectacles en province et à l'étranger. Emmanuelle Henry tient beaucoup à ces activités culturelles à côté de son métier, qu'elle nomme « *les plaisirs de la vie* ». « *C'est un modèle, elle montre qu'on peut réussir en M&A et mener une très grande carrière en ayant une vie équilibrée. Et en plus, dans un univers qui a tendance à assécher intellectuellement, elle est très cultivée* », confie Olivier Diaz avec une visible admiration. Décidément, cela aurait été bien dommage qu'elle n'accepte pas, pour une fois, de monter sur scène et de demeurer quelques instants dans la lumière des projecteurs. ■

Par Floriane Bass

Affectio societatis

Chapitre x

Cabinet Saint-Ferdinand-de-la-Popie & associés

- ◉ Créé en 1954 à Paris par Marcel Saint-Ferdinand-de-la-Popie (1925-1983).
- ◉ 20 bureaux dans le monde en Europe, en Afrique, au Moyen-Orient et en Asie.
- ◉ 1 000 avocats dont 200 associés.
- ◉ CA estimé à 300 millions d'euros.
- ◉ Contacts

Senior partner: Jean Saint-Ferdinand-de-la-Popie

Managing partner: Matthieu Saint-Ferdinand-de-la-Popie.

Communication / Relations presse: Agathe Beaurepaire.

SI VOUS AVEZ MANQUÉ LES ÉPISODES PRÉCÉDENTS (LJA MAG 53 À 61)

Où l'on fait connaissance de la famille fondatrice du cabinet Saint-Ferdinand-de-La-Popie : Jean, le patriarche, Matthieu, son fils, Paul, son neveu, associés du cabinet. Caroline est une brillante avocate nommée associée récemment. Le cabinet américain Strong & Right dirigé par Kate Kumari s'est implanté à Paris. La fusion des deux cabinets est officielle et déclarée à la suite d'une fuite inopinée. Ses projets de gouvernance sont moins clairs et risquent de donner lieu à des querelles intestines loin de l'esprit confraternel.

LE VENDREDI 21 SEPTEMBRE, 8 H

C'est une réunion au sommet qui rassemble les dix associés qui comptent dans la salle Alfred Nobel. Rarement ils n'ont été aussi matinaux. Agathe n'est pas encore là. Sa mission du jour en tant que directrice de la communication est de rester postée devant le kiosque à journaux en attendant la livraison des *Échos*. Autour de la table, tous les associés guettent aussi fébrilement l'arrivée dans leur boîte mail de la dernière édition de la *LJA*.

À la suite de l'interview qui leur a été accordée deux jours plus tôt, ni Agnès Jardin (*Les Échos*) ni Joséphine Prébelle (*LJA*), au titre de la liberté de la presse, n'ont voulu faire relire leur papier avant parution. Le suspense reste entier. Ces deux articles vont donner le ton de la tendance du marché.

LE VENDREDI 21 SEPTEMBRE, 8 H 15

Agathe les rejoint essoufflée et chargée de dix exemplaires des *Échos*. Matthieu lui en arrache un : « Mais qu'est-ce que tu foutais, c'est toi qui étais sur les rotatives ? » Paul lui a répondu sur le même ton : « Calme-toi, c'est ta meilleure amie qui a écrit l'article, tu devrais être serein. On va se détendre, j'offre

l'apéro chez Lulu au premier qui trouve l'article. »

S'ensuit un énorme brouhaha d'agitation échevelée, de froissements de papiers interrompu par une rafale hystérique : « *Page 17, page 17, page 17, page 17, page 17, page 17!* ». Puis un silence rapidement interrompu par une nouvelle alerte « *"LJA" dans vos mails, "LJA" dans vos mails, "LJA" dans vos mails!* »

Sur la fameuse page 17, un gros titre introduit l'article qui occupe plus d'une demi-page : « *Strong & Right s'offre Saint-Fer-de-La-Popie.* »

– On avait dit rapprochement entre égaux ! Ça commence bien !! Je ne comprendrais jamais les journalistes. On leur dit un truc et elles écrivent le contraire. Et ça titre quoi dans la *LJA* ? s'étrangle Matthieu.

– « *Quand les Américains épousent les Français, que trouvent-ils dans la corbeille de la mariée ?* » annonce Agathe à haute voix.

– De mieux en mieux, ça sous-entend quoi ? À quoi fait-elle allusion ?

– Joséphine avait été assez énervée qu'on ne veuille pas lui donner notre chiffre d'affaires pour son classement. Et comme ce n'est pas quand il augmente qu'on refuse de le communiquer, elle en déduit qu'il a baissé, donc elle émet des doutes sur la corbeille de la mariée.

Les deux articles reviennent sur les histoires des deux cabinets, leurs présences dans le monde et les synergies de leur groupe de pratique. « *Ce nouvel acteur va tenter de conjuguer mondialisation et establishment à la française.* » Strong & Right est décrit comme l'archétype des *White-shoe firm*, firmes américaines créées et dirigées par des Wasp (White Anglo-Saxon Protestant) basées à New York ou Boston qui comptent plus d'un siècle d'existence. Kate Kumari a impressionné les deux journalistes et les éloges pleuvent sur cette réussite féminine dans un monde encore très réservé aux mâles blancs de plus de 50 ans. Les papiers soulignent toutefois que les questions les plus épineuses relatives à la rémunération des associés, aux conflits d'intérêts et au futur management des grands pôles de compétences ont été habilement esquivées. Et cerise sur le gâteau, il est précisé que la gouvernance du cabinet va sans doute faire l'objet d'une compétition entre les deux cousins.

– Quand je vois des articles pareils sortir, je me demande vraiment à quoi tu sers Agathe ! hurle Matthieu.

– Tu as raison, c'est inadmissible ! Mais où est passé le bon vieux temps de la *Pravda* et de l'ORTF ! s'amuse Paul de voir son cousin au bord de la crise de nerfs.

LE VENDREDI 21 SEPTEMBRE, 10 H

Il n'y a pas que dans la salle Alfred Nobel qu'il y a des réunions au sommet. Un rassemblement clandestin à la

PAR ICI LA SORTIE !

machine à café du quatrième étage réunit une demi-douzaine de jeunes collaborateurs dont Oscar. Ils commentent le match depuis le banc de touche. Ombeline, l'assistante de Matthieu, est également de la partie. Ici aussi, *Les Échos* et la *LJA* passent de main en main. Chacun y va de son interprétation de ce qui peut bien se dire dans l'ancre des dieux.

– Faut peut-être qu'on retourne bosser ? lance l'un d'entre eux.

– Pour une fois, qu'on n'a personne sur le dos pour nous coller la pression, on va en profiter deux minutes.

– Profitez-en parce que quand les Américains seront bel et bien aux manettes, la machine à enregistrer nos *timesheet* va repérer tout de suite nos heures pause-café, annonce Oscar.

– C'est vrai que tu as bossé chez Strong & Right à New York. Il paraît même que les ordinateurs ne se ferment pas tant qu'on n'a pas enregistré minimum 10 h dans la journée. C'est vrai ?

– Si tu pousses à 25, c'est mieux !

– Mais c'est pas possible, y a que 24 heures dans une journée ! s'affole un jeune stagiaire.

– Mais quand tu as pensé à ton dossier sous ta douche, tu as le droit d'enregistrer une première heure à la minute même où tu t'assois à ton bureau. Au milieu d'un auditoire captivé et captif, Oscar ne se gêne pas pour en rajouter quitte à inventer. Je ne sais pas s'ils vont le mettre en place à Paris mais à New York, le badge était lui aussi connecté à l'enregistrement des heures. Si tu n'avais pas assez facturé, tu ne pouvais pas sortir du bureau.

Entre la fascination et l'affolement, ils boivent tous les paroles d'Oscar sans réussir à identifier ce qui relève de la légende et de la réalité qui les attend peut-être.

– Vous ne voyez pas qu'il vous raconte n'importe quoi ? s'esclaffe Ombeline

– J'exagère un peu. De ton côté, tu vas moins rigoler quand tu vas devoir rentrer tous les contacts de ton boss dans la base de données générale. Chez les Américains au lockstep, on partage tout et surtout ses clients !

– J'imagine la tête de Matthieu. Ça ne va pas être possible. Ses clients, c'est comme sa brosse à dents, il ne partage pas ! Mais comme ça va être lui le big boss, il fera bien ce qu'il voudra.

– Ça, c'est ce que tu crois, la rumeur dit que Paul est bien plus proche de la belle Kate. Il a aussi toutes ses chances. Et puis, lui il partage. Non seulement ses clients mais aussi son savoir et ses compétences. Ça peut lui rapporter un paquet de voix.

LE VENDREDI 21 SEPTEMBRE, 10H30

La discussion s'arrête net quand Christiane déboule avec un air catastrophé. Les jeunes avocats s'éparpillent comme une volée de moineaux.

– Ombeline, j'ai besoin de vous. Je n'ai pas les codes pour le blog de cette langue de vipère de Mumm mais le titre ne présage rien de bon. Avant d'interrompre la réunion

des associés, il faut qu'on sache ce qu'elle nous a pondu aujourd'hui.

Christiane a bien raison de s'inquiéter. Une troisième journaliste a décidé de s'inviter dans le débat. C'est la gossip girl du petit monde des cabinets d'avocats qui agit sous le pseudonyme de Mumm. Elle balance sans aucun complexe, tout ce qu'on lui confie dans les bars des plus prestigieux hôtels de la capitale et les cocktails mondains. Et l'affaire Strong & Right / Saint-Fer-de-La-Popie, c'est son pain béni du jour.

« Oncle Sam se tape Marianne - *Le si chic cabinet antédiluvien Saint-Ferdinand-de-La-Popie, vient de succomber aux assauts de l'américain Strong & Right. Marcel, le créateur, doit se retourner dans son très élégant caveau familial à colonnes. Et ils ont envoyé qui les Ricains pour pilonner les Frenchies ? Une fille ! Et pas n'importe laquelle... De celles que le diable se dit quand elle pose un pied par terre le matin, merde, elle est debout ! Depuis son AVC, Jean, le patriarche, avait certes quelque peu perdu de sa superbe, mais aurait-il également perdu le sens commun ? Comment a-t-il pu céder son héritage sans penser une seconde à le transmettre au fiston qui trépigne depuis des années pour être calife à la place du calife ? Tu vois Matthieu, j'ai beau ne pas t'aimer beaucoup j'ai quand même les boules pour toi. Te faire griller au poteau par ton cousin Paul avec tout le mal que tu t'es donné sur les parcours de golf et dans les pince-fesses mondains, il n'y a pas de justice ! Sans parler de ton chiffre d'affaires qui est en chute libre depuis plus d'un an. Ça ne va pas plaire à Strong & Right. Strong, très Strong pour avoir fait plier un des fleurons du barreau français, mais pas si Right que ça, je n'en dirai pas plus aujourd'hui... »*



Matthieu F. Talens

Découvrez la suite des aventures du cabinet « Saint-Fer-de-La-Pop » dans le prochain numéro.

[m&a

[private equity

[restructuring

LE MAGAZINE DE LA CROISSANCE DES ENTREPRISES

NextStep

VOTRE **NOUVEAU MAGAZINE** TRIMESTRIEL**60 PAGES** DÉDIÉES À L'ENTREPRISE ET À SES ACTEURS

Des interviews croisées, des éclairages, des témoignages...

NextStep a pour vocation de relayer les différentes opérations structurantes de la vie des entreprises en plaçant le curseur sur le travail d'équipe. Fédérer les communautés d'experts et de professionnels autour d'une cause commune : celle de développer les entreprises, aux côtés des dirigeants.



Pour le recevoir gracieusement,
inscrivez-vous sur
www.nextstep-magazine.com

Plasseraud

INTELLECTUAL PROPERTY



We take care of your IP

Grands groupes, petites et moyennes entreprises, organismes de recherche, start-ups : votre créativité est votre force et votre patrimoine. Avec l'une des plus grandes équipes de spécialistes en Propriété Intellectuelle en Europe, regroupant Conseils en Propriété Industrielle, ingénieurs, juristes, consultants et experts, nous sommes à vos côtés pour protéger vos inventions, défendre vos droits et valoriser vos idées. Faire de la Propriété Intellectuelle le socle de vos projets stratégiques.

www.plass.com



Plasseraud 
brevets

Plasseraud 
marques & modèles

Plasseraud 
internet & data

Plasseraud 
start-up

Plasseraud 
contrats & valorisation

Plasseraud 
viti-vini

Plasseraud 
anti-contrefaçon

Plasseraud 
avocats