

RLDA 7112

Les limites actuelles de la lutte contre les crimes économiques : le point de vue de l'ONG

Après le regard d'Emmanuel Daoud, voici les réponses de Sandra Cossart et Laura Bourgeois, de l'ONG Sherpa, sur l'efficacité des moyens de preuve mis à disposition des victimes de crimes économiques.

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

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

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

S. Cossart et L. Bourgeois : Si la mise en place d'une unité d'enquêteurs spécialisés dans la lutte contre les délits financiers est bienvenue, elle nous paraît sans commune mesure avec l'impact de la loi relative à la protection du « secret des affaires » en matière de respect des droits fondamentaux.

Selon nous, une conciliation réussie entre intérêt des entreprises et droits des victimes passe par (i) la délimitation de ce qui relève véritablement du secret des affaires, et (ii), pour ce qui en relève, par la juste

mise en balance de l'intérêt commercial de l'entreprise et des droits fondamentaux des victimes.

Grâce à cette opacité, qui demeure la norme, ce sont des informations cruciales pour agir en justice, tenant par exemple aux modalités d'opération des multinationales à l'étranger, qui sont inaccessibles alors même qu'elles ne présentent pas d'intérêt stratégique particulier pour les entreprises.

Cette situation empêche les victimes d'identifier les responsables des dommages qu'elles subissent, sans même qu'un intérêt prétendument supérieur lié à la compétitivité des entreprises soit avéré.

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

S. Cossart et L. Bourgeois : Les difficultés que notre activité nous a permis d'identifier tiennent pour le moment plus à l'accès à la preuve qu'aux règles dites « d'administration » de la preuve, qui prévoient les conditions dans lesquelles des éléments de preuve déjà obtenus peuvent être versés à des débats judiciaires.

Les « mesures d'instruction légalement admissibles », c'est-à-dire celles que le juge peut ordonner, conviendraient si elles n'étaient pas si difficiles à obtenir et à faire exécuter.

L'enjeu nous semble plus large encore que celui des garde-fous indispensables face au secret des affaires.



Sandra COSSART
Directrice
Exécutive, Sherpa



Laura
BOURGEOIS
Chargée de
contentieux
stratégique et de
plaidoyer, Sherpa

Selon nous, il en va du droit à l'information et de celui à un recours effectif.

C'est en garantissant l'accès aux informations d'intérêt général, et parmi elles à celles permettant d'identifier les acteurs économiques à l'origine d'activités commerciales dommageables, que les justiciables pourront avoir un accès effectif au juge et défendre tant leurs droits fondamentaux que l'environnement.

Or, à cet égard, le mécanisme prévu par l'article 145 du CPC est insuffisant.

D'une part, parce que l'opacité prédominante rend très difficile la collecte des premiers éléments de preuve nécessaires pour obtenir l'octroi d'une mesure d'instruction, d'autre part parce que, quand de telles mesures sont ordonnées, aucun levier de contrainte efficace ne permet de garantir leur exécution en temps utile.

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

S. Cossart et L. Bourgeois : Ces pratiques sont traditionnelles dans certains pays connus pour leur libéralisme économique. Elles semblent donc pouvoir permettre un véritable accès à la preuve sans nuire à la compétitivité des entreprises.

Nous identifions deux raisons à cette particulière efficacité.

La première semble tenir à ce qu'on pourrait appeler une culture du *fair-play*. Comme vous le soulignez, les parties sont contraintes à produire tous les éléments de preuve pertinents, favorables comme défavorables. Le droit français, quant à lui, privilégie le droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qui exclut toute communication spontanée d'éléments de preuve défavorables.

La seconde, c'est que les conseils des parties sont tenus de concourir à la communication des éléments, et que les sanctions en cas de non-respect sont suffisamment importantes.

Ces pratiques nous semblent effectivement constituer une alternative plus efficace que le mécanisme de l'article 145 du CPC.

Cependant, d'autres alternatives devraient également être envisagées, comme le renforcement des obligations d'information mises à la charge des entreprises, ou la consécration d'un véritable droit d'accès aux informations d'intérêt général et la création d'une institution dédiée.

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

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

S. Cossart et L. Bourgeois : Non. L'ordonnance était exécutoire sur minute et devait donc être exécutée sur présentation de la décision par l'huissier. Il appartenait à la société Perenco d'utiliser la voie de recours disponible, c'est-à-dire une assignation en référé rétractation sur le fondement de l'article 496 du CPC : « *S'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté à moins que l'ordonnance n'émane du premier président de la cour d'appel. Le délai d'appel est de quinze jours. L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance.* »

Une telle obstruction ne devrait pas pouvoir avoir lieu dans un État de droit.

Elle illustre les abus auxquels la toute-puissance économique et financière peut mener.

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

S. Cossart et L. Bourgeois : Pas à notre connaissance.

Il existe, en amont, la possibilité de demander au juge d'assortir la décision d'une sanction financière appelée astreinte, mettant à la charge de la défenderesse une certaine somme par jour ou heure de retard dans l'exécution.

Cependant, en admettant qu'elle soit accordée, elle ne garantit pas l'exécution de la décision en temps utile dès lors qu'une multinationale a largement les moyens financiers de différer l'exécution pour se ménager le temps de supprimer les éléments de preuve compromettants.

Lors de l'exécution de la mesure, le concours de la force publique dont est censé pouvoir bénéficier l'huissier n'est pas plus utile. D'abord, à supposer qu'il soit octroyé, il interviendra une fois que l'entreprise aura déjà été informée et pu se débarrasser de certains éléments, c'est à dire trop tard. Ensuite, même aidé de la force publique, en pratique, l'huissier n'aura pas plus de succès si les représentants ne sont pas coopératifs.

Quant aux éventuelles sanctions imaginables *a posteriori*, elles ne permettent pas non plus d'accéder aux preuves recherchées.