

DES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EFFICIENTES EN CONCURRENCE

La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux Handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ?

Philippe MARCHANDISE

Direction juridique TOTAL, Maître de conférences à l'Université de Liège, ancien Président de l'Association européenne des juristes d'entreprise

Le monde des entreprises ne cherche pas la marchandisation de la justice, mais a besoin de sécurité juridique, a besoin d'efficacité dans les décisions et dans leur mise en œuvre. Le Premier Vice-Président Wathelet l'a rappelé ce matin, l'aspect des coûts est essentiel. Alors je crois qu'il n'y a pas beaucoup de problèmes dans les juridictions nationales. J'en veux simplement pour preuve les tribunaux de commerce qui ne connaissent quasiment pas d'arriérés judiciaires : qu'ils soient constitués uniquement d'un juge consulaire, comme en France, ou de manière mixte, comme en Belgique, avec deux juges consulaires et un magistrat de carrière, ou encore sous forme de chambre spécialisée, comme aux Pays-Bas, ces tribunaux tranchent les litiges dans des délais tout à fait raisonnables. Par conséquent, je crois qu'il n'y a pas besoin de mise en concurrence des ordres juridiques nationaux. Mais dès qu'il y a un élément d'extranéité, dès que le litige a une coloration internationale, les choses diffèrent. Évidemment, reste intact le souci d'une sécurité juridique, élément essentiel, et je crois préalable à tout investissement d'une entreprise. Mais le choix du droit applicable et le lieu de la dispute reste primordial. Sans oublier le principe du *non bis in idem*. Je ne pense pas que les entreprises souhaitent une fois qu'une procédure ou qu'un litige est tranché, qu'il se ré-ouvre ailleurs, fût-ce sous forme de *class actions* – dont on a vu quand même les dérives inacceptables aux États-Unis, puisqu'elles enrichissent beaucoup plus les mandants que les mandataires. L'entreprise ne souhaite pas que les feux s'ouvrent ou se réactivent dès qu'une procédure est terminée. Alors l'Union européenne cette fois-ci, au contraire de ce qu'on a dit dans le panel précédent, nous aide : il y a Rome II qui entrera en vigueur en janvier 2009, qui concerne tous les pays de l'Union européenne sauf le Danemark. C'est une avancée majeure sur deux plans : désormais, les commerçants pourront régler à l'avance tous leurs litiges extra-contractuels (art. 14). En outre, Rome II permet d'avoir une solution en cas de responsabilité pré-contractuelle, puisqu'il est prévu, dans cette hypothèse, d'appliquer la loi qui se serait appliquée si le contrat avait été signé. Ne croyez pas que le Professeur De Ly vous dit des bêtises. J'ai eu le dossier d'une usine qu'on a construite, grande comme la cathédrale de Paris. Investissement : un milliard d'euros. On tourne le bouton, ça ne marche pas. La faute est pré-contractuelle. On peut donc mettre le contrat à la poubelle. On a passé deux ans, usé beaucoup de cabinets d'avocats et de professeurs d'universités pour déterminer quel était le

droit applicable, et pour savoir dans quelle ville il fallait commencer. Rome II nous donne la solution.

Dans les dossiers internationaux, ceux qui ont la solution en main sont les juristes d'entreprise, les rédacteurs des contrats. C'est eux qui peuvent, dans une rédaction soignée, prévoir le lieu de la dispute, le droit applicable. Et on va très loin : prévoir pour les contrats existants, prévoir pour des groupes de contrats, prévoir pour des contrats futurs, prévoir pour des obligations extra-contractuelles. Mais il reste des cas où cette sécurité juridique manque. Je vais prendre trois exemples.

Premier exemple, revenons à ce cher droit de la concurrence. Efficacité, efficience, un juge qui décide. Oui, mais s'il se trompe ? Il y a des cas récents de jeunes fiancés qui veulent se marier. Deux entreprises qui veulent fusionner. Et le soir de la veille du mariage, on leur dit : non ! Et quelques années plus tard, le juge intervient et dit oui ! L'amour avait disparu. Les dégâts sont considérables. Comment réparer les dégâts d'une décision prise par une autorité de la concurrence qui s'est trompée ?

Deuxième exemple, un endroit unique pour prendre une décision, oui mais où ? On va quitter la France, on va voir aux Pays-Bas. Vous avez pour l'instant une banque qui fait l'objet d'une double OPA. La banque est néerlandaise, et les dents longues sont espagnoles, belges et britanniques. Et la cible décide pendant la procédure d'OPA de vendre son principal actif aux États-Unis. Peut-elle faire cela ? Qui tranche ? Alors je m'incline : la Cour de cassation des Pays-Bas. Sans vouloir être iconoclaste, on peut se poser la question de savoir si c'est le meilleur endroit pour juger avec toute l'autorité de la chose jugée un dossier aussi complexe ? Je ne fais pas le procès de la Cour de cassation des Pays-Bas, je fais seulement le procès de la délimitation ; car quelle est la matière ? S'agit-il de droit des sociétés, avec des actionnaires qui attaquent le management ? S'agit-il de droit financier des OPA ? Ou s'agit-il de droit de la concurrence, posé par la définition des marchés ?

Troisième et dernier exemple – ou plutôt, un contre exemple sur un sujet qui m'est cher, cela ne vous étonnera pas – le secret professionnel. C'est, je crois, une des mailles essentielles du tapis de tout procès équitable. Tous, nous sommes conscients de l'importance du secret professionnel dans les dossiers. Tous, nous assistons impuissants à sa maltraitance sous les coups de buttoir de lois récentes ou de décisions surprenantes. La toute dernière vient du Tribunal de Première Instance de Luxembourg qui va refuser le secret professionnel à un avocat, au prétexte qu'il est salarié. Allez comprendre ! Et au prétexte, j'emploie le mot à dessein, que le droit au secret professionnel est une notion de droit communautaire. J'ai la faiblesse de croire que le raisonnement n'est pas correct. Je prendrai, comme allié, le Premier Président Canivet, quand il dit que le juge est quand même le dépositaire d'une tradition nationale. C'est donc au niveau des pays que doit se définir et se préciser le secret professionnel. Je crois aussi qu'il faudra réfléchir, dans le sillon des réflexions menées par le CREDA, à créer un nouveau juge, auquel je crois beaucoup, et dont on a un exemple en

France en matière criminelle : un juge du secret, un juge qui aurait pour fonction d'examiner des pièces délicates, qui ne serait pas un juge du fond, et qui dirait : « cette pièce-là, on la laisse dans l'enveloppe, ou cette pièce-là, on la remet dans le dossier ».

Permettez à l'ancien Président des juristes d'entreprise européens que je suis de souligner l'importance et le rôle des juristes d'entreprise. Je crois que le juriste de l'entreprise – qui est une profession tout à fait complémentaire de celle de l'avocat – est – et je pèse mes mots, ce n'est pas moi qui l'ai dit, donc je n'ai pas à me targuer de corporatisme – un collaborateur de la justice au même titre que l'avocat. C'est le Président du Tribunal de Première Instance de Luxembourg qui l'a dit en 2003. Le rôle du juriste d'entreprise est très en amont. Pierre Charreton, en France, a trouvé le nouveau slogan, « c'est le juriste qui a la passion de la solution ». Trouver la solution n'est pas toujours simple. Et il doit, comme dit Christian Roth, revenir vers son client avec un résultat économique efficace. Il a des choses importantes à dire.

Et je terminerai là. Je crois qu'il relève de l'intérêt général de favoriser la consultation des juristes. Il relève des droits fondamentaux des entreprises de consulter qui elles veulent. Et le choix est difficile. Et comparaison ici est raison. Quand une personne est malade, quelle immense difficulté pour elle d'aller identifier le bon médecin, celui qui aura la bonne compétence pour soigner exactement la maladie qu'elle a. Elle fera ce choix sur la base de la compétence et de la confiance. Confiance aussi profonde que celle du justiciable quand il s'en remet à un magistrat pour régler un conflit. Cela fait partie des droits fondamentaux des entreprises que ce droit soit respecté aussi par les institutions européennes. Parce que lorsque la loi paraît, le juriste d'entreprise tremble, car il est le premier à appliquer la loi. Il n'y a pas encore de jurisprudence, pas d'articles de doctrine. Il doit trouver des solutions. Il doit construire des solutions. Et il le fait : les incoterms, ont été écrits par des juristes d'entreprises, les garanties à première demande sont des créations du monde de l'entreprise. Et cela fonctionne. Enfin, il joue un rôle énorme, au même titre que les avocats, pour désencombrer les tribunaux. Il est là pour essayer de trouver des solutions, des médiations, pour essayer de mettre en place des règlements alternatifs, sans revolver sur la tempe. Il est là pour trouver des solutions susceptibles de réinstaurer la confiance entre les parties au litige. Je vous remercie.