

## LA COLLECTE DES PREUVES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES : L'AMORCE D'UN DIALOGUE ENTRE LA FRANCE ET LES ÉTATS-UNIS ?

La mondialisation est économique, mais aussi juridique. Les entreprises investissant en dehors de leur territoire national le constatent quand elles font l'objet d'investigations internationales lancées par les autorités étatiques des pays où elles sont implantées, voire même seulement cotées en bourse (aux États-Unis en particulier). Elles font pareille expérience lorsqu'elles sont parties à des litiges transfrontaliers. C'est alors que peuvent entrer en conflit les systèmes procéduraux du pays dont le groupe a la nationalité et du pays où il est mis en cause dans des procédures administratives ou contentieuses. Le présent article commente un arrêt du 21 février 2014 de la fort influente Cour de la Chancellerie du Delaware qui opère une tentative de conciliation entre la procédure américaine de collecte de preuves *via* le *discovery* et la procédure de la commission rogatoire internationale qui s'impose en droit français, à travers la loi « de blocage » du 26 juillet 1968, sur le fondement de la Convention de La Haye du 18 mars 1970. L'arrêt est également d'intérêt en ce qu'il fait application de la loi informatique et libertés et de la directive du 24 octobre 1995 dont elle est la transposition.

« Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. »  
Guillaume I<sup>er</sup> d'Orange-Nassau

**1** À l'extrémité de l'échiquier politique, à droite comme à gauche, on s'émeut en France du lancement des négociations entre l'Union européenne et les États-Unis en vue d'un futur partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (1). Certains en avaient même fait leur cheval de bataille à l'occasion des élections européennes de mai 2014 pour appeler à voter pour les partis opposés à « l'Europe des marchés » et à la domination américaine qui ne pourrait, selon eux, que s'accroître ; la crainte étant que lors de ces négociations, les États-Unis parviennent à imposer leurs standards de production et de commercialisation au détriment de ceux de l'Europe. Outre le fait qu'il est curieux de s'opposer *a priori* à un accord qui a encore à peine été discuté, ce positionnement défaitiste, destiné à attiser les peurs, traduit un manque de confiance en soi largement injustifié. D'abord, l'Europe a, en matière de standardisation et de réglementation, une avance certaine sur les États-Unis. Dans bon nombre de secteurs économiques aux États-Unis, les réglementations sont prises au niveau des États, alors qu'elles sont harmonisées dans l'Union européenne. Ensuite, l'expérience récente montre que l'Union européenne est en mesure d'imposer elle aussi sa loi lorsque cela lui paraît nécessaire et légitime. L'arrêt *Google*, rendu le 13 mai 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (2), sur la base de la législation européenne en matière de protection des données à caractère personnel, en est un exemple éclatant. Car, au nom du droit à la protection de la vie privée, Google va devoir à grands frais organiser un véritable « droit à l'oubli » qui est une petite révolution dans le Lanterneau de l'internet.

**2** À un autre niveau, et cette fois-ci de l'autre côté de l'Atlantique, l'arrêt de la Cour de la Chancellerie du Delaware du 21 février 2014 (3), rendu dans le cadre d'un litige opposant un actionnaire minoritaire d'une filiale américaine de Vivendi SA à cette entreprise ainsi qu'à certains de ses administrateurs et aux administrateurs de sa filiale implantée dans le Delaware, incite à l'optimisme quant à la possibilité d'un dialogue transatlantique sur la conduite des enquêtes internationales intéressant les entreprises de l'un ou l'autre continent. Cet arrêt, en effet, témoigne d'un infléchissement de l'attitude des juridictions américaines dans la direction d'une meilleure prise en compte des législations applicables en France à la transmission transfrontalière de données dans le cadre de procédures, qu'elles soient d'ailleurs judiciaires, comme en l'espèce, ou administratives.

**3** Le plaignant ayant demandé la transmission d'un volume important de documents en possession de Vivendi, la Cour du Delaware, saisie de l'affaire, s'est vue opposer, d'une part, la loi française du 26 juillet 1968 « relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères » (4) — appelée improprement « loi de blocage » — et, d'autre part, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (5) (« loi Informatique et libertés »), deux raisons de ne pas répondre en l'état à cette demande de communication. Or la Cour a su dégager une solution de compromis tendant

(1) V., pour plus d'information : [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm).

(2) CJUE, 13 mai 2014, n° C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos*, Mario Costeja González.

(3) *In Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation*, Cons. C.A. No. 8885-VLC (Del. Ch. Feb. 21, 2014).

(4) L. n° 68-678, 26 juill. 1968, relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères : JO 27 juill. 1968, p. 7267, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères : JO 17 juill. 1980, p. 1799.

(5) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

à concilier ces deux législations et le droit américain, pourtant prétendument inconciliables.

4 Le litige est purement commercial : le plaignant accuse Vivendi SA d'avoir méconnu ses obligations fiduciaires en montant, à travers une filiale américaine, une opération de « restructuration » uniquement destinée à lui procurer des liquidités, et ce, au détriment de l'intérêt des actionnaires minoritaires — dont le plaignant — d'une autre filiale, Activision, éditrice de jeux vidéo, immatriculée dans le Delaware.

5 Pour pouvoir administrer la preuve de ses allégations, le plaignant avait envoyé à Vivendi SA une demande de *discovery* portant sur un large ensemble de documents, tant électroniques que sur papier, relatifs à la préparation et à l'exécution de l'opération en cause. Vivendi n'a pas fait de difficultés pour lui fournir tous les documents localisés dans sa filiale américaine.

Toutefois, l'entreprise a indiqué que les documents électroniques requis étant eux localisés en France, sur les serveurs de la société ayant son siège à Paris, il lui était interdit, en vertu de la loi du 26 juillet 1968 précitée, de communiquer lesdits documents, si ce n'est à travers la procédure de la commission rogatoire internationale, conformément à la Convention de La Haye du 17 novembre 1970 sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (6), ratifiée tant par la France que par les États-Unis. Vivendi SA a également invoqué la loi « Informatique et libertés » l'empêchant de transférer des données nominatives sur des personnes physiques sans entourer ce transfert des garanties prévues par cette loi et par la directive n° 95/46/CE (7) du 24 octobre 1995 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données personnelles (la « directive n° 95/46 »), dont elle est la transposition.

6 Il faut admettre que ces dernières années, les juges américains se sont montrés très peu réceptifs à ce genre d'argumentation, considérant implicitement que celle-ci relevait de manœuvres dilatoires, et explicitement, qu'il y avait lieu de s'en tenir sauf exceptions — jamais justifiées à leurs yeux — aux procédures américaines applicables devant les juridictions américaines. L'arrêt du 21 février 2014 de la Cour de la Chancellerie du Delaware est plus nuancé dans son dispositif comme dans sa motivation. C'est pourquoi il mérite qu'on s'y arrête, car il augure d'un dialogue plus ouvert entre les juridictions outre-Atlantique et celles du continent européen en cas de conflits de procédures comme c'est le cas en l'espèce.

7 Aucun des arguments avancés par Vivendi SA sur la nécessité de respecter la loi du 26 juillet 1968 (I), sur le caractère impératif de la loi Informatique et libertés (II) ou encore sur les précautions à prendre concernant la déposition de témoins (III) n'a été rejeté d'un bloc par la Cour. Dans chaque cas, à l'issue d'un raisonnement approfondi, celle-ci a recherché une forme de conciliation entre les conceptions américaines et européennes en matière de collecte des preuves destinées à des procédures judiciaires.

## I. Une tentative de conciliation entre *discovery* et commissions rogatoires internationales

### A. La loi de blocage, une loi d'aiguillage

8 La procédure de *discovery* est issue de la *common law*. Elle est le symbole même d'une conception de la justice suivant laquelle, s'il revient au juge d'arbitrer entre des intérêts divergents, c'est aux parties elles-mêmes de lui apporter les éléments qui lui permettront d'assumer sa mission. Selon les règles de la procédure civile américaine, la mise en état de l'affaire dans la phase pré-judiciaire relève des parties (8). Ce sont donc les parties, et non le juge comme en Europe et notamment en France, qui sont maîtres de l'instruction. Pour rassembler les preuves nécessaires au règlement de leur litige, elles ont à leur disposition la procédure de *discovery* qui se définit comme « la procédure formelle d'échange d'informations entre les parties sur les témoignages et preuves qu'elles auront à présenter lors du procès » (9).

La plupart du temps, la demande de documents précède l'ouverture d'une procédure judiciaire, dès lors qu'elle a précisément pour objet de permettre au futur requérant de réunir les preuves qui lui permettront de cibler son action. Encore que bien souvent, l'affaire se résolve par une transaction sans saisine d'un juge ou, si celle-ci a eu lieu, en interrompant le cours de la procédure contentieuse. C'est pourquoi, on utilise parfois dans ces cas le vocable de *pre-trial discovery*.

9 La partie requise, même si les pièces demandées ne sont pas toutes précisément désignées, est en tout état de cause tenue de divulguer tous les éléments de preuve dont elle dispose, quelles qu'en soient la localisation, la forme et le contenu. À défaut, elle s'expose à des sanctions qui peuvent être lourdes de conséquences. Celles-ci sont énoncées dans la section 442 (1) (b) du *Restatement*

(6) D. n° 75-250, 9 avr. 1975, portant publication de la convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, ouverte à la signature à La Haye le 18 mars 1970, signée par la France le 24 août 1972 : JO 17 avr. 1975, p. 3980-3985.

(7) Dir. n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données : JO 23 nov. 1995, p. 0031-0050.

(8) Federal Rules of Civil Procedure ou Règles fédérales de procédure civile américaine, n° 26 (Duty to Disclose ; General Provisions Governing Discovery) et n° 34 (Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes). Ces règles sont relatives à l'administration de la preuve. Plus particulièrement, la Rule 26 fait obligation à toute personne, avant même une demande de *discovery* de la part d'une autre, de lui transmettre certaines informations pertinentes (nom des personnes susceptibles d'avoir des informations pertinentes, une description des documents en sa possession pouvant servir à sa défense ou supportant ses prétentions...). La Rule 34, venant préciser la Rule 26(b), est relative au *discovery* de documents informatiques ainsi qu'aux inspections sur place et sur pièce par la partie requérante.

(9) Site internet de l'American Bar Association, Division for Public Education : [http://www.americanbar.org/groups/public\\_education/resources/law\\_related\\_education\\_network/how\\_courts\\_work/discovery.html](http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html).

(*Third*) of *Foreign Relations Law* (10) qui est le document de référence pour toutes les juridictions et tous les avocats américains que publie l'*American Law Institute* : le récalcitrant peut ainsi être condamné pour outrage à la justice (*contempt of court*), voir son recours rejeté, être jugé par défaut sans qu'il puisse faire valoir ses droits de la défense ou, plus sévère encore, voir les faits allégués par le plaignant considérés comme établis suivant la formule bien connue selon laquelle « qui ne dit mot consent ».

**10** À cela s'ajoute le fait qu'avec l'informatique qui permet de compiler et conserver un nombre infini de documents en un espace réduit, les demandes de *discovery* ont pris une ampleur inégalée, portant parfois sur l'ensemble des procès-verbaux, courriers et courriels sur plusieurs années, remontant plus ou moins loin dans le temps. D'où le nom de « parties de pêche », ou *fishing expeditions*, attribué à cette pratique. Lors de la collecte des preuves *via* le *discovery*, le juge ou le jury américain n'intervient, le cas échéant, que pour juger de la validité des refus opposés aux demandes d'informations et les sanctionner s'il l'estime justifié et/ou ordonner la production des documents (11).

**11** À l'inverse, en Europe et plus particulièrement en France, le juge contrôle étroitement la collecte des preuves. C'est lui qui dirige l'instruction au pénal et procède à la mise en état de l'affaire au civil. Au plan international, c'est encore l'autorité judiciaire qui contrôle la transmission des données entre la France et l'étranger, transmission qui ne peut se faire que *via* une commission rogatoire internationale, que ce soit au civil (12) ou au pénal (13).

**12** C'est pour appuyer cette démarche que la loi « de blocage » du 26 juillet 1968 a été amendée en 1980 (14). Adoptée, dans sa première version en 1968, en réaction aux investigations ressenties comme intrusives des autorités américaines soupçonnant l'existence de cartels en France dans le domaine du transport maritime, la loi a posé le principe de l'interdiction de livrer auxdites autorités les documents demandés, souvent stratégiques. L'article 1<sup>er</sup> de la loi prévoit ainsi que : « Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y

ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin ». La loi de blocage est, depuis l'origine, une loi pénale, puisque la violation de cette interdiction expose son auteur, selon l'article 3 de la loi, à un emprisonnement de six mois et une amende de 18 000 € (jusqu'à 90 000 € pour les personnes morales) (15).

**13** La loi se voulait moins répressive qu'il n'apparaissait. Les débats parlementaires montrent bien que l'idée était surtout de permettre de résoudre les difficultés nées des investigations des autorités américaines sur des entreprises françaises, souvent d'ailleurs des entreprises d'État, par la voie diplomatique. C'est la raison pour laquelle l'article 2 de la loi contraint les personnes visées par ce type d'enquêtes à « informer sans délai le ministre compétent », en l'occurrence le ministre des Affaires étrangères, sans que cette obligation soit assortie d'aucune sanction.

**14** La France n'est pas le premier pays où a été adoptée une « loi de blocage ». La première en date est une loi de l'État de l'Ontario au Canada de 1947 (16). Pas moins d'une vingtaine de pays se sont ensuite dotés de lois analogues, toujours pour s'opposer aux enquêtes américaines sur des cartels dont certains étaient d'ailleurs, il faut le reconnaître, encouragés à l'époque par les États (17).

**15** À la fin des années 1970, les préoccupations des États se sont déplacées. Ce n'étaient pas essentiellement les enquêtes diligentées par le département de la justice américain ou d'autres agences américaines qui heurtaient les États européens, mais la multiplication des litiges transfrontaliers à l'occasion desquels des entreprises en Europe étaient sommées de répondre à des demandes de *discovery* émanant d'avocats outre-Atlantique et prenant la forme de questionnaires interminables. C'est ainsi que la loi du 26 juillet 1968 fut modifiée sur deux plans : d'une part, son champ d'application était étendu du transport maritime à tous les secteurs économiques ;

[10] « Failure to comply with an order to produce information may subject the person to whom the order is directed to sanctions, including finding of contempt, dismissal of a claim or defense, or default judgment, or may lead to a determination that the facts to which the order was addressed are as asserted by the opposing party ».

[11] *Rule n° 37 des règles fédérales de procédure civile américaine* (« Failure to make disclosures or to cooperate in discovery ; sanctions »). Cette règle prévoit que si une partie n'obtempère pas à un *discovery*, la partie adverse peut demander au tribunal une ordonnance l'obligeant à transmettre les documents demandés qui, si elle n'est pas exécutée, pourra donner lieu à des sanctions diverses (outrage à la justice, interdiction d'apporter certaines preuves en appui de ses prétentions, rejet du recours comme irrecevable — dans sa totalité ou en partie...).

[12] CPC, art. 733 à 748.

[13] C, pr. pén., art. 151 à 155.

[14] L. n° 80-538, 16 juill. 1980, relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères : JO 17 juill. 1980, p. 1799.

[15] Selon l'article 131-38 du Code pénal : « Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction ».

[16] Les dirigeants du pays avaient cru bon de réagir face à l'injonction de produire certains documents adressée par la Cour fédérale de New York à la filiale américaine d'une entreprise canadienne de fabrication de papier suspectée de pratiques anticoncurrentielles, v. *Business Records Protection Act*, 1947 Ont. Rev. Stat. c. 54.

[17] En réaction à certains embargos américains, comme par exemple sur l'uranium, v. *In Re Uranium Antitrust Litigation*, 617 F 2d 1248 (7th Cir, 1980), des cartels se sont formés avec l'assentiment des États.

d'autre part, y était inséré un article 1<sup>er</sup> bis nouveau visant tout particulièrement le *discovery* et interdisant à quiconque de transmettre des données de France vers l'étranger, sauf à respecter les conventions d'entraide en vigueur. Selon cet article : « Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».

**16** La loi française de blocage est victime d'idées toutes faites, car elle est une loi d'aiguillage plus que de blocage. Bloquer des procédures à l'étranger n'aurait pas de sens à l'ère de l'effacement des frontières économiques, et eu égard à la nécessité croissante d'empêcher et de sanctionner les comportements répréhensibles des entreprises qui mettent à mal l'économie internationale. Les autorités administratives ou judiciaires, ou les parties publiques ou privées à qui elle est opposée, ne se voient pas refuser toute coopération, mais sont simplement dirigées vers les procédures d'entraide, telles que définies par les accords passés à cet effet. La réserve des « traités ou accords internationaux en vigueur » figurant dans la loi en éclaire la finalité : réorienter les demandes de communication de documents émanant de l'étranger vers l'entraide judiciaire ou administrative selon le cas (18).

**17** Les travaux parlementaires sur la loi de 1980 ayant modifié celle de 1968 montrent que le législateur avait essentiellement à l'esprit l'entraide en matière civile et commerciale telle qu'organisée par la Convention de La Haye de 1970. Cette convention, ratifiée par 57 États, dont les États-Unis et la France, prévoit deux formes d'entraide par la voie diplomatique et la voie judiciaire ; la dernière consistant pour l'autorité judiciaire de l'État requérant à demander à l'autorité compétente de l'autre partie de faire exécuter les mesures d'instruction nécessaires par une commission rogatoire internationale (19).

**18** Face à l'ampleur qu'était en train de prendre la procédure du *pre-trial discovery*, la France, à côté de plusieurs autres États signataires, a émis une réserve sur le fondement de l'article 23 de la Convention permettant à tout État contractant de « (...) déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États du *common law* sous le nom de

*pre-trial discovery of documents* ». Dans sa réserve, la France a fait valoir que « la déclaration faite par la République française, conformément à l'article 23 relatif aux commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de *pre-trial discovery of documents*, ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige » (20).

**19** L'idée de limiter ainsi le *discovery* n'était au demeurant pas en contradiction avec la jurisprudence américaine faisant écho à certains abus de la pratique. C'est ainsi que dans son arrêt de principe — *Société nationale industrielle aérospatiale*, du 15 juin 1987 (21) (arrêt *Aérospatiale*) — sur l'applicabilité de la loi française de blocage *versus* le *discovery*, la Cour suprême des États-Unis souligne qu'il appartient aux juridictions saisies de veiller à ce que les justiciables étrangers ne soient pas confrontés à des demandes non justifiées, d'une ampleur disproportionnée et qui les placent vis-à-vis de leurs adversaires dans une position désavantageuse. La Cour du Delaware rappelle opportunément ce considérant dans son arrêt *Vivendi* du 21 février 2014 (22).

## B. L'apport de l'arrêt *Vivendi* de la Cour de la Chancellerie du Delaware

**20** Pour le reste, les juges américains n'avaient jusqu'ici pas été sensibles, c'est le moins que l'on puisse dire, aux arguments des justiciables européens invoquant leur loi « de blocage » nationale. À partir de l'arrêt *Aérospatiale* de la Cour suprême des États-Unis, l'appel des entreprises européennes à rediriger le *discovery* vers l'entraide et la procédure de la commission rogatoire internationale a été de moins en moins entendu. Ce n'est pas le lieu ici de passer en revue la jurisprudence des cours américaines depuis 1987. Toutefois, on relèvera qu'en général, les arrêts déboutant les justiciables européens évoquent le caractère difficilement praticable des commissions rogatoires internationales et réfutent même parfois leur légitimité.

Dans son arrêt *Aérospatiale*, la Cour suprême, en rejetant l'application de la Convention précitée de La Haye, avait clairement jugé que cette dernière « ... ne modifie la loi d'aucun État contractant, n'oblige aucun État contractant à utiliser cette procédure, que ce soit lors d'une demande d'échange de documents ou en réponse à une

[18] La sphère de l'entraide administrative s'est considérablement étendue dans les dix dernières années. Conclues traditionnellement entre entités gouvernementales, comme en matière fiscale ou douanière, les accords d'entraide administrative sont aujourd'hui de plus en plus souvent directement passés entre autorités de régulation et de contrôle, tout particulièrement dans le domaine financier. Par exemple, le site internet de l'AMF fait état de plus de 60 accords de coopération dont notamment avec la SEC, la CFTC et la Financial Industry Regulatory Authority (« FINRA »).

[19] Conv. de La Haye de 1970, art. 1 et s., préc.

[20] Modification le 19 janvier 1987 de la déclaration relative à l'article 23 : [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=status,comment&csid=501&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=status,comment&csid=501&disp=resdn).

[21] Ibid.

[22] « American courts, in supervising pretrial proceedings, should exercise special vigilance to protect foreign litigants from the danger that unnecessary, or unduly burdensome, discovery may place them in a disadvantageous position. Judicial supervision of discovery should always seek to minimize its costs and inconvenience and to prevent improper uses of discovery requests. When it is necessary to seek evidence abroad, however, the district court must supervise pretrial proceedings particularly closely to prevent discovery abuses ». *Sté nationale industrielle aérospatiale*, Cour suprême des États-Unis, 15 juin 1987, n° 85-1695, 482 U.S. 522.

telle demande, ou n'oblige pas un État contractant à changer sa législation relative à la collecte de preuves » (23).

**21** Les critères définis par la Cour suprême des États-Unis, dans son arrêt *Aérospatiale*, ont conduit les juges américains à écarter presque systématiquement l'application des lois de blocage, singulièrement la loi française la plus régulièrement invoquée. Sur le fondement de cette jurisprudence, le juge américain procède à la « mise en balance » des intérêts en cause (*comity test*) (24) par référence à plusieurs critères : l'importance des informations demandées par rapport aux enjeux du litige ; le degré de spécificité de la requête ; la localisation géographique des informations requises ; l'existence d'alternatives « simples et efficaces » dans le pays étranger pour obtenir les documents ; les intérêts nationaux respectifs des États-Unis et de l'État étranger ; l'effectivité des sanctions encourues dans l'État requis en cas de violation de la loi de blocage (critère du *hardship* ou encore critère d'effectivité de la loi).

**22** Si ces critères du *comity test* ne sont pas remplis, le juge ordonne en toute discrétion la production des documents, ainsi que le rappelle la Cour du Delaware dans son arrêt ici commenté, en estimant « qu'une telle loi [la loi française de blocage] ne prive pas une cour américaine du pouvoir d'ordonner une partie sujette à sa juridiction de produire des preuves même si cet acte de production serait en violation de cette loi » (25).

**23** En dehors de leur allergie à la procédure des commissions rogatoires internationales, selon elles trop lourde, incertaine et chronophage, les juridictions américaines n'ont pas eu de mal à constater que les entreprises françaises invoquant la loi de blocage ne risquaient à vrai dire pas grand-chose en ne la respectant pas. Comme le relève la Cour du Delaware elle-même, en transmettant directement les documents demandés *via le discovery*, les défendeurs n'en seraient pas pour autant exposés « à un réel risque de poursuites ». Et de citer le seul et unique arrêt de la Cour de cassation (*Christopher X* (26)) ayant condamné un avocat, dans le cadre de l'affaire *Executive Life*, à une amende de 10 000 € sur la base de la loi de blocage, pour avoir obtempéré — non sans avoir utilisé un procédé indélicat — à une demande de *discovery*. Entre le risque minime de se voir condamnées pour infraction à la loi de blocage et celui de se voir lourdement sanctionnées pour outrage à la justice et/ou de perdre leur procès, les entreprises concernées se sentent prises dans un étau et beaucoup hésitent à invoquer la loi de blocage.

**24** Pourtant, tout devrait être simple. En invoquant la loi de blocage, lesdites entreprises ne font que se soumettre aux stipulations des traités d'entraide conclus par la France, telle que la Convention de La Haye qui a valeur impérative. Le problème est qu'il n'en est pas ainsi aux États-Unis. En France en effet, les traités ont une valeur supérieure aux lois et le juge est invité à faire strictement respecter cette hiérarchie des normes consacrée par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 (27). Compte tenu de la réserve « des traités ou accords internationaux en vigueur » figurant dans la loi de blocage, dès lors qu'une convention d'entraide existe entre États ou même entre autorités administratives indépendantes, les justiciables français n'ont d'autre possibilité que d'inviter les juges étrangers à respecter ces accords internationaux.

**25** Le droit américain ne reconnaît pas, en revanche, l'entière primauté de la norme internationale. À propos de la Convention de La Haye, l'arrêt *Aérospatiale* mentionne ainsi le caractère optionnel de ses stipulations : les procédures qu'elle organise s'ajoutent à celles prévues par le droit américain comme le *discovery*, mais ne sauraient prévaloir. Il en résulte que, pour le juge américain, le recours à la commission rogatoire internationale est un « un supplément permissif, et non une solution préemptive de remplacement » (28). La Cour du Delaware le confirme lorsqu'elle reprend *in extenso* la formulation de la Cour suprême (29).

**26** Sans changer les fondements de la jurisprudence *Aérospatiale*, et d'ailleurs elle ne le pourrait pas, la Cour de la Chancellerie du Delaware procède à un examen très minutieux du *comity test* et c'est au regard de la façon dont elle résout, en l'espèce, le conflit de lois en question que l'arrêt est innovant.

**27** La Cour commence par reconnaître la légitimité de la demande de documents par le plaignant en l'absence d'alternatives pour se les procurer. En outre, elle estime que le degré de spécificité de cette demande répond au souci d'éviter les *fishing operations*, ce qui renvoie à la réserve de la France à la Convention de La Haye exigeant que les demandes de *discovery* non seulement passent par la voie de la commission rogatoire internationale, mais que par ailleurs, elles se limitent à des questions « en lien direct avec le litige ».

**28** La Cour consacre d'assez longs développements à la mise en balance des intérêts en jeu, d'un côté, ceux de l'État du Delaware, de l'autre, les intérêts défendus par la France à travers sa loi de

[23] « The text of the Evidence Convention itself does not modify the law of any contracting state, require any contracting state to use the Convention procedures, either in requesting evidence or in responding to such requests, or compel any contracting state to change its own evidence-gathering procedures », *ibid*.

[24] Le *comity test*, repris par le « Restatement [Third] of Foreign Relations Law of the United States », document de référence pour les juristes et les juridictions, publié par l'American Law Institute le 14 mai 1986, § 442 (1) (c) et qui a une très grande influence sur la jurisprudence.

[25] « It is well settled that such statutes do not deprive an American court of the power to order a party subject to its jurisdiction to produce evidence even though the act of production may violate that statute », in Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation, *préc.*, p. 16.

[26] *Ibid.* p. 8, citant Cass. crim., 12 déc. 2007 n° 07-83228, Christopher X.

[27] Selon l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...] ».

[28] « Permissive supplement, not a pre-emptive replacement », arrêt *Aérospatiale*, *préc.*

[29] « [la Convention] ne modifie la loi d'aucun État contractant, n'oblige aucun État contractant à utiliser cette procédure, que ce soit lors d'une demande d'échange de documents ou en réponse à une telle demande, ou n'oblige pas un État contractant à changer sa législation relative à la collecte de preuves », arrêt *Aérospatiale*, *préc.*

blocage. L'État du Delaware (30), surtout connu pour être un paradis fiscal, se singularise également par la qualité de son droit des affaires et des tribunaux qui l'appliquent. Aussi, les arrêts de ses cours font-ils souvent école. Ce qui explique que, dans son arrêt *Vivendi* du 21 février 2014, la Cour du Delaware insiste sur sa mission protectrice et régulatrice. L'arrêt souligne que l'État (dont ses juridictions) doit être à même de protéger les investisseurs qui ont des parts dans les sociétés du Delaware, de même que ceux qui acceptent d'être administrateurs de ces sociétés acceptent par là même de se soumettre aux obligations de la législation de cet État (31).

Dans ces conditions, permettre à un actionnaire de faire valoir ses droits devant les juges du Delaware est « la pierre angulaire de la bonne gouvernance des entreprises » (32). La Cour relève au passage que, si *Vivendi* en tant que défendeur rejette dans l'espèce en cause la demande de *discovery* qui lui est faite, elle n'avait pas hésité dans le passé à user des procédures de *discovery* à son avantage lors d'actions engagées par l'entreprise aux États-Unis. Pour ce qui est de la France, elle se borne à considérer que la loi de blocage est d'une portée trop large pour permettre d'identifier les intérêts français en cause (33), ce qui peut surprendre s'agissant en fait de la résolution d'un conflit de lois de procédure.

**29** Au total, cependant, sa mise en balance des intérêts de l'État du Delaware à voir juger par ses juridictions le contentieux relatif aux obligations fiduciaires des sociétés implantées sur son territoire, avec ceux de la France à voir sa loi de blocage s'appliquer, conduit à un résultat bien plus équilibré que de coutume. La Cour admet de donner, dans un premier temps, la préséance à la Convention de La Haye, mais dans de brefs délais : les défendeurs avaient cinq jours pour obtenir une commission rogatoire internationale pour communiquer les documents, le délai de communication ne pouvant en tout état de cause excéder 37 jours à compter du jugement. À défaut de respect de ces délais, les défendeurs étaient tenus de se soumettre aux règles régissant le *discovery* dans l'État du Delaware.

**30** En dépit de la difficulté qu'a eue l'entreprise pour satisfaire à cette exigence de délai, la portée de l'arrêt de la Cour de la

Chancellerie du Delaware ne doit pas être sous-estimée, tant elle contraste avec de nombreux arrêts antérieurs par lesquels le juge américain a écarté d'un revers de la main la loi de blocage (34).

## II. L'impact de la loi informatique et libertés et de la directive sur la protection des données sur les procédures judiciaires américaines

### A. Vie privée et technologies informatiques dans l'Union européenne

**31** L'arsenal législatif dont disposent l'Union européenne et ses États membres pour protéger la vie privée des individus face aux développements des technologies informatiques et des communications électroniques est unique au monde. La France a été pionnière en la matière en adoptant, dès 1978, une législation ambitieuse comportant la création d'une autorité nationale de contrôle — la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) — qui a maintenant des correspondants dans les 27 autres États européens. Mais c'est la directive n° 95/46 précitée qui, non seulement a permis d'harmoniser les législations nationales, mais a renforcé la crédibilité du dispositif vis-à-vis des pays tiers. Des dispositions spécifiques encadrent les transferts transfrontaliers de données qui ne peuvent avoir lieu librement vers des pays tiers que si ces derniers assurent un niveau de protection des données « adéquat », c'est-à-dire équivalent à celui garanti en Europe. Or ce n'est pas le cas des États-Unis (35). Toutefois, des dérogations sont prévues et le transfert peut avoir lieu lorsqu'il est « nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice » (36). La CNIL dans sa délibération du 23 juillet 2009 ne dit pas autre chose lorsqu'elle estime que « les communications de données personnelles dans le cadre des procédures de *discovery* nécessairement effectuées dans le cadre de la Convention de La Haye doivent également être en conformité avec les principes de la loi du 6 janvier 1978 » (37).

[30] L'un de ses deux sénateurs est Joe Biden, actuel vice-président des États-Unis.

[31] « In this case, each of the Vivendi Directors submitted to the jurisdiction of the Delaware courts when they agreed to be an Activision director [...]. By submitting to the jurisdiction of the Delaware courts, those individuals consented to the methods used by the Delaware courts for conducting and deciding litigation, including the processes for discovery under the Delaware rules », in *Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation*, préc., p. 31.

[32] « A cornerstone of sound corporate governance », *ibid.*, p. 31.

[33] « It does not focus on a specific kind of material, nor does it identify a specific French sovereign interest », *ibid.*, p. 33.

[34] Parmi de multiples exemples, citons l'arrêt de 2006 de la US District Court of S.D. New York suivant lequel « la loi de blocage française est une évidente manifestation du mécontentement français à l'égard des procédures de *discovery* [...], c'est pourquoi, les réels intérêts de la France [...] sont écrasés par les intérêts américains relativement à une *discovery* complète » (« The Blocking Statute obviously is a manifestation of French displeasure with American pretrial discovery procedures, which are significantly broader than the procedures accepted in other countries... Therefore, France's real interests in promulgating Article One are dwarfed by American interests in complete discovery »), in *re Vivendi Universal, SA Securities Litigation S.D.N.Y., No. 02CIV5571R/JHHBP, November 16, 2006*.

[35] Selon l'article 25 de la directive n° 95/46/CE, la Commission européenne constate si un État assure ou non un niveau de protection adéquat, or en ce qui concerne les États-Unis, la Commission estime qu'ils ne font pas partie des pays assurant des garanties équivalentes, même si divers dispositifs ont été mis en place pour faciliter les transferts UE/US.

[36] Dir. n° 95/46, art. 26.d).

[37] Délib. n° 2009-474, 23 juill. 2009, portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de *discovery* : JO 19 août 2009, texte n° 27.

Ainsi, le responsable de traitement devra s'assurer de la légitimité du traitement et des finalités ou encore, par exemple, de la proportionnalité ou de la durée de conservation des données pertinentes transférées au regard de l'accomplissement de leurs missions et de la finalité du traitement.

**32** C'est dans ce contexte que s'inscrit l'arrêt commenté, alors que les États-Unis n'ont eux pas de législation de protection des données. Ce qui explique l'intense *lobbying* que leurs représentants déploient à Bruxelles pour pouvoir peser sur les débats en cours sur la réforme de la directive de 1995 (38). Ce, d'autant que les propositions de textes incluent des dispositions qui confèreraient à la future législation européenne une portée largement extraterritoriale (39).

### B. L'apport de l'arrêt *Vivendi* de la Cour de la Chancellerie du Delaware

**33** Le plus souvent, les tribunaux américains rejettent l'exception de la loi de blocage et celle de la législation de protection des données invoquées par des justiciables étrangers. Est topique en la matière un arrêt de 2010 concernant une société allemande (40) qui invoquait en défense à la fois la Convention de La Haye précitée, la loi fondamentale de la République fédérale allemande et la législation allemande sur la protection des données à caractère personnel. En rejetant l'ensemble des arguments, les juges se bornent à relever, relativement à la loi allemande protégeant les données personnelles, que la société défenderesse n'apportait pas la preuve qu'elle était dans l'impossibilité d'obtenir le consentement des personnes dont les données personnelles étaient requises, voire même qu'elle avait cherché à l'obtenir (41).

**34** C'est pourquoi on est frappé en l'espèce du soin que prend la Cour du Delaware pour analyser la loi Informatique et libertés, tout en reconnaissant les intérêts de la France à protéger le droit à la vie privée de ses citoyens et à respecter, en la directive n° 95/46, le droit dérivé de l'Union européenne. Soulignant qu'il s'agit là de « libertés

et [de] droits fondamentaux de ces personnes » (42), la Cour se réfère au principe de proportionnalité impliquant, selon elle, que les informations transférées soient « pertinentes et nécessaires au litige », c'est-à-dire limitées au strict minimum eu égard aux besoins de la procédure (43).

**35** Concernant le critère du *hardship*, à savoir l'effectivité de la loi française du 6 janvier 1978, la Cour du Delaware semble l'admettre quand elle relève que, depuis 2006, la CNIL a infligé une douzaine de sanctions, parmi lesquelles elle cite expressément la condamnation de Google le 3 janvier 2014 à une amende de 150 000 € (44). Elle signale néanmoins que, dans l'espèce, les défendeurs n'ont pas été en mesure de citer un seul cas de sanction pour violation de la loi Informatique et libertés du fait des réponses apportées à un *discovery*.

**36** Certes, après avoir admis que les intérêts de la France étaient en cause et que la loi Informatique et libertés devait être prise au sérieux de par son effectivité, la Cour n'en a pas moins estimé que des « mesures peuvent aisément être prises pour acclimater les intérêts français reflétés dans la législation relative à la protection des données (...) [ceci] ne requérant que des modifications mineures à la procédure de *discovery* telle qu'habituellement mise en œuvre par cette Cour » (45).

**37** Les mesures de confidentialité décidées ne sont cependant pas sans portée : la Cour a confirmé que les données transmises ne devaient être utilisées qu'à seule fin du règlement du litige en cours. Elle a, par ailleurs, admis que devaient être protégées les informations portant sur l'identité de mineurs et sur les autres membres des familles des défendeurs ainsi que sur les adresses personnelles et toutes données sensibles (indication de la race ou de l'ethnie, de la religion, de l'adhésion à un syndicat ou encore données relatives à la santé et à la vie sexuelle), ce qui paraît aller de soi. *Vivendi* est également autorisée à utiliser (sauf pour les défendeurs directement impliqués dans l'opération litigieuse) des pseudonymes sous réserve de l'accord au cas par cas du plaignant (46).

[38] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. (règlement général sur la protection des données), Bruxelles, 25 janv. 2012, COM(2012) 11 final.

[39] La proposition de règlement précitée dispose en son article 3 de plusieurs situations dans lesquelles les règles européennes s'appliqueraient en dehors de ses frontières. Tel est le cas du § 2 de l'article précité : « Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel appartenant à des personnes concernées ayant leur résidence sur le territoire l'Union, par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées : a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union ; ou b) à l'observation de leur comportement ».

[40] *AccessData Corp. v. ALSTE Technologies GmbH*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 4566 (D. Utah Jan. 21, 2010).

[41] « ALSTE has not demonstrated that it has been unable to obtain consent from its customers or that it has even attempted to seek consent. ALSTE has also failed to address this particular provision of the German data protection act or explain why it would not apply in the instant case », *AccessData Corp. v. ALSTE Technologies GmbH*, préc., A(1).

[42] Le droit à la vie privée fait partie des droits fondamentaux européens, affirmé tant par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme [droit au respect de la vie privée] que par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne suivant lequel : « 1) Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel » la concernant. 2) Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3) Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante », n° 2010/C 83/02 : JOUE 30 mars 2010, n° C 83/389.

[43] « Key among these procedures is the requirement that data requests be tailored in accordance with the Data Protection Act's proportionality principle. This principle requires that only such information as is relevant and necessary to the litigation be gathered », in *Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation*, préc., p. 11.

[44] CNIL, délib. n° 2013-420, 3 janv. 2014, de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.

[45] « Steps can readily be taken to accommodate the French interests reflected in the Data Protection Act. Compliance with the Data Protection Act appears to require only minor modifications to the discovery process as normally conducted in this court », in *Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation*, préc., p. 35.

[46] *Ibid.*, préc., p. 37.

### III. L'encadrement de la déposition des témoins

**38** *Last but not least*, toujours dans le souci de ne pas sembler rejeter la Convention de La Haye, la Cour réalise un compromis entre les procédures de la Convention en matière de déposition sous serment des témoins — en l'espèce, des défendeurs résidents français — et ses propres règles. D'un côté, selon la Convention de La Haye, les dépositions peuvent être recueillies dans le pays de résidence des intéressés, par la voie diplomatique, consulaire ou par un commissaire (47). L'État requérant exécute alors lui-même, mais sans contrainte, la mesure. D'un autre côté, la Cour rappelle le pouvoir qui est le sien, sous peine de sanctions, de convoquer les administrateurs, cadres et dirigeants de Vivendi à venir déposer aux États-Unis, non sans avoir remarqué auparavant que les administrateurs d'une société ayant la « nationalité » de l'État du Delaware ont à se conformer à ses lois.

**39** C'est donc en fonction de la qualité des témoins que la Cour définit le droit applicable. Les administrateurs de la filiale américaine de Vivendi immatriculée au Delaware sont naturellement astreints à déposer aux États-Unis suivant la procédure américaine. Les autres défendeurs en France doivent, quant à eux, s'efforcer d'obtenir de leurs autorités nationales qu'elles avalisent le nom du commissaire mandaté par la juridiction américaine, à défaut de quoi la Cour se réserve d'examiner, au cas par cas, s'il convient d'obliger les intéressés à se rendre aux États-Unis pour faire leurs dépositions. Comme pour ce qui est des informations à transmettre, *via* une commission rogatoire internationale dans le délai imparti par la Cour, cette dernière demande aux défendeurs de faire preuve de bonne foi pour répondre à ses injonctions (48). Enfin, les autres témoins qui ne sont ni administrateurs, ni cadres, ni dirigeants de l'entreprise sont appelés à déposer suivant la procédure de la Convention de La Haye.

**40** Tout d'abord, l'arrêt *Vivendi* du 21 février 2014 de la Cour de la Chancellerie du Delaware, quoi qu'isolé, devrait pouvoir être regardé comme un précédent. Certes, il ne remet nullement en cause

la jurisprudence *Aérospatiale* dont il applique les critères. Mais le compromis qu'il tente de mettre en place entre les procédures de collecte de preuves aux États-Unis et en France marque, malgré tout, une volonté de conciliation de la part d'une des juridictions les plus écoutées en droit des affaires. L'arrêt indique ainsi que les parties « procéderont selon les règles de cette Cour et de la Convention » (49).

**41** Ensuite, l'arrêt *Vivendi* pourrait augurer d'une plus grande ouverture des juridictions américaines aux systèmes de droit étrangers. Loin de prétendre que le système américain serait en tous points supérieur à d'autres, l'arrêt relève qu'« il est naturel que chaque pays préfère ses propres règles de procédures ; car autrement, il les aurait changées » (50). Ce qui peut être l'annonce d'un dialogue plus serein entre les tenants de la *common law* et des systèmes de droit écrit continental.

**42** Enfin, l'arrêt se caractérise par son pragmatisme. La Cour prend quelque peu les défendeurs à leur jeu, il est vrai, en faisant comme s'ils pouvaient obtenir de leurs autorités nationales qu'elles règlent toutes les difficultés en un temps record. Or les délais impartis pour la réunion des preuves étaient insuffisants, alors que ces délais auraient dû être proportionnés au volume des documents requis. On peut donc discuter de la réelle signification de l'arrêt. Il reste que la Cour a accepté de reconnaître à la Convention de La Haye ainsi qu'à la directive n° 95/46 toute leur force juridique. C'est sans doute l'apport majeur de cette jurisprudence qui ne peut qu'inspirer à l'avenir d'autres juridictions d'autres pays de par le monde où se pratique, avec plus ou moins de bonheur, la procédure de *discovery*.

Noëlle LENOIR

Avocat associé

Kramer Levin

Ancienne ministre des Affaires européennes

Membre honoraire du Conseil constitutionnel

(47) Selon l'article 21.a de la Convention de La Haye, préc., un commissaire (avocat, expert...) mandaté par l'État requérant peut effectuer des mesures d'investigation sur le territoire d'un État contractant. Pour cela, l'autorité centrale de l'État sur lequel se déroule la mesure (en France, le bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du ministère de la Justice) devra donner sa permission et spécifier, en tant que de besoin, les conditions auxquelles se dérouleront lesdites mesures. V. [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=status.comment&csid=501&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=status.comment&csid=501&disp=resdn).

(48) Suivant les préconisations du Restatement, section 442(2).a) préc., qui prévoit que « a court or agency in the United States may require the person to whom the order is directed to make a good faith effort to secure permission from the foreign authorities to make the information available ».

(49) « Rather, as to document discovery, the parties will proceed under both the rules of this court and the Evidence Convention », in *Re Activision Blizzard, Inc. Stockholder Litigation*, préc., p. 35.

(50) « Every country naturally prefers its own methods of litigation ; otherwise it would change them. The United States and Delaware prefer their own methods of litigation and have interest in using them », *ibid.*, p. 33.