

## CONTENTIEUX

### RUBRIQUE sous la direction de :

Renaud DENOIX de SAINT MARC, *Vice-Président honoraire du Conseil d'État*  
Daniel LABETOUILLE, *Président de section honoraire au Conseil d'État*  
Bernard PACTEAU, *Professeur à l'Université Bordeaux-Montesquieu (Bordeaux IV)*

### ÉTUDE

# Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité <sup>1</sup>

par Noëlle LENOIR

Avocat à la Cour, membre honoraire du Conseil constitutionnel

« Plaisante justice qu'une rivière borne !  
Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »  
Pascal, *Pensées*, Œuvre Posthume

1. À l'heure de la mondialisation, la force de la loi se fait sentir bien au-delà des frontières étatiques sous l'effet de conceptions toujours plus extensives de l'extraterritorialité. Par réaction, pour parer aux abus de l'application extraterritoriale de certaines législations étrangères, plusieurs États ont adopté à partir des années 60 des lois se voulant protectrices des garanties offertes par leur propre système juridique.

2. C'est à cette dialectique que répondent les lois dites de blocage dont l'objectif est de canaliser les demandes de transmission transfrontalière d'informations liées à des procédures administratives ou judiciaires étrangères.

3. Paradoxalement, c'est au moment où la protection offerte par ces lois redevient d'actualité que celles-ci sont controversées <sup>2</sup>. C'est le cas de la loi française n° 68-678 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 <sup>3</sup> –

modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 – (« loi de 1968 »). Pourtant elle ne se distingue pas des lois étrangères du même genre. Toutes les lois de blocage ont été à l'origine une riposte à certaines pratiques agressives d'investigation des autorités américaines à l'encontre d'entreprises européennes notamment, avant d'être également conçues comme un moyen de rappeler certains plaignants ou défendeurs étrangers au respect des garanties procédurales auxquelles la coopération judiciaire internationale doit se conformer. La loi française est toujours appliquée, tandis que les lois analogues d'autres pays semblent pour certaines plus ou moins tombées en désuétude. Ce qui expliquerait que les attaques contre la loi française soient plus frontales : la loi de 1968, selon ses détracteurs, serait inadaptée à l'ouverture des frontières, car en interdisant « ... la communication aux autorités publiques étrangères de documents ou d'informations mettant en cause notamment les intérêts économiques essentiels de la France, [elle] peut constituer un frein sérieux à la coopération judiciaire internationale » <sup>4</sup>. En d'autres termes, les entreprises qui l'invoquent entraveraient le cours normal de la justice... alors que, comme on le verra ci-après, la loi renvoie essentiellement à l'entraide internationale qui est la concrétisation même de cette coopération.

4. Ces critiques font comme si la loi de 1968 obligeait à « bloquer » la transmission d'informations dans le cadre de procédures internationales. Le vocable « loi de blocage » est d'ailleurs un abus de termes. Il ne figure pas dans l'intitulé des lois nationales et provient de la littérature juridique américaine, puis s'est diffusé

(1) Je remercie A. Merle-Beral et G. de Meersman pour leur aide à rédaction de cet article et J.-P. Coste, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme pour notre échange concernant la Conv. EDH.

(2) P. Grosdidier, Attorney, Haynes and Boone, LLP, « *The French Blocking Statute, the Hague Evidence Convention and the case law: lessons for French parties responding to American discovery* », 31 janv. 2014.

(3) Loi n° 68-678 du 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, JORF du 27 juill. 1968, p. 7267.

(4) L. Cohen-Tanugi et E. Breen, « *The Deferred prosecution agreement, un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale* », in JCP G, n° 38, 16 sept. 2013.

en Europe. Historiquement, les lois de blocage ont été inspirées du souci des États de résoudre les conflits entre leur législation nationale et le droit américain en matière d'obtention de preuves. Aux investigations diligentées depuis les États-Unis sur la base de la législation américaine (plus spécialement en matière fiscale, financière et bancaire, en droit de la concurrence, ainsi que dans le domaine de la lutte contre la corruption) ont répondu des lois de blocage qui ont, elles aussi, une portée extraterritoriale.

5. Le caractère extraterritorial des lois « de blocage » les condamne-t-elles ? Certainement non. Dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel a confirmé qu'une loi ayant des effets extraterritoriaux n'était pas entachée de ce fait d'inconstitutionnalité. Les saisissants soutenaient, à propos des filiales des sociétés nationalisées, « qu'en donnant compétence en territoire étranger aux nouveaux organes des sociétés institués et désignés en vertu de la loi de nationalisation », celle-ci méconnaissait « un principe de droit international qui (...) interdirait d'attacher aux nationalisations un effet extraterritorial ». Or, après avoir rappelé « que ces dispositions (...) ont pour objet de définir certains des pouvoirs des organes d'administration de sociétés ayant leur siège social en France », le juge constitutionnel s'est borné à relever sans y faire objection « que ces pouvoirs s'étendent nécessairement à l'ensemble des biens et des droits composant le patrimoine des sociétés », ajoutant « que les limites éventuellement rencontrées dans l'exercice de ces pouvoirs hors du territoire national constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit le droit du législateur de régler les conditions dans lesquelles sont administrées les sociétés nationalisées »<sup>5</sup>.

6. La Cour suprême des États-Unis n'a pas statué autrement quand elle a admis l'extraterritorialité des lois permettant aux autorités américaines de connaître de pratiques menées à l'étranger par des entités étrangères, dont n'est éventuellement victime aucun ressortissant américain et dont même les effets sur le marché américain peuvent ne pas être avérés. La loi *Sarbanes-Oxley* (SOX), promulguée le 30 juillet 2002 à la suite des scandales des sociétés Enron, Worldcom et Tyco, pour améliorer la transparence des transactions financières et prévenir les fraudes telles que celles imputables aux dirigeants de ces entreprises, est même spécialement destinée à s'appliquer en dehors des États-Unis. Toute société cotée dans le pays doit en particulier mettre en place d'importants programmes de conformité assortis de dispositifs d'alerte professionnelle. Si ces dispositifs ont pu être un temps jugés contraires au droit français de la protection des données personnelles<sup>6</sup>, c'est finalement la loi SOX, puis son pendant japonais – la « *Japanese SOX* » de 2006<sup>7</sup> – qui ont prévalu. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) demande seulement qu'ils fassent l'objet d'une déclaration de conformité au modèle d'autorisation adoptée par elle pour encadrer les dispositifs d'alerte professionnelle<sup>8</sup>.

(5) Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi sur les nationalisations*, consid. 35 à 37.

(6) Soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, D. 2010. 548, obs. L. Perrin, note I. Desbarats ; *ibid.* 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; Rev. sociétés 2010. 483, étude F. Barrière ; RDT 2010. 171, obs. R. de Quenaudon ; Jurisdata n° 2009-050680.

(7) Loi *Sarbanes-Oxley* du 30 juill. 2002, Public Law 107-204 ; loi japonaise SOX du 6 juin 2006, Act n° 65.

7. Selon le droit américain, la loi fédérale s'applique à toute activité économique dans le monde qui pourrait avoir un « effet substantiel » sur le territoire américain<sup>9</sup> ainsi qu'aux personnes physiques ou morales ayant des attaches dans le pays, par exemple si elles y ont ouvert un compte bancaire<sup>10</sup>.

8. L'extraterritorialité de la législation américaine a été le facteur déclenchant des lois de blocage. La loi du 26 juillet 1968 a été adoptée plus spécifiquement pour faire pièce aux enquêtes de concurrence, menées à l'époque par le Département de la justice américain et la Commission maritime fédérale, à laquelle s'étaient joints des plaignants privés à l'encontre de compagnies maritimes françaises. La démarche des autorités américaines, sommant ces compagnies de dévoiler leurs stratégies et leurs relations commerciales avec des tiers, avait choqué la classe politique, de même que des demandes similaires avaient également ému des gouvernements étrangers. Car la loi de 1968 est loin d'être une exclusivité française. Pas moins d'une vingtaine de pays s'est dotée de lois correspondantes, dont l'Australie<sup>11</sup>, le Canada<sup>12</sup>, les Pays-Bas<sup>13</sup>, le Royaume-Uni<sup>14</sup>, la République Fédérale d'Allemagne<sup>15</sup>, la Suisse<sup>16</sup>.

9. L'entrée en vigueur de la loi de 1968, il faut le reconnaître, n'a pas réellement impressionné les autorités américaines. Celles-ci ont continué de convoquer à leur ambassade à Paris des responsables d'entreprises françaises invités à témoigner, sans que cela leur ait d'ailleurs évité d'être ultérieurement déferés devant les tribunaux américains.

10. Face à ce qui était perçu comme un activisme de mauvais aloi de la part du gouvernement américain, la loi fut modifiée en 1980 : sur la base d'amendements parlementaires, son champ d'application fut élargi à tous secteurs économiques. De plus, alors que la loi n'était jusque-là invocable que dans le cadre d'enquêtes initiées par des autorités publiques, judiciaires (aux États-Unis, le Département de la justice et le « procureur du district », par ex.), ou administratives (telles qu'aux États-Unis la *Securities and Exchange Commission* [SEC], la *Federal Trade Commission* [FTC], la *Commodity Future Trading Commission* [CTFC], l'*Internal Revenue Service* [IRS], ou encore l'*Office of Foreign Asset Control* [OFAC])<sup>17</sup>, elle devenait applicable à la

(8) Délibération de la CNIL, n° 2005-305 du 8 déc. 2005, modifiée par les délibérations n° 2010-369 du 14 oct. 2010 et n° 2014-042 du 30 janv. 2014 ; AU-004 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

(9) Selon 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. § 402 (1) (c) et qui a une très grande influence sur la jurisprudence.

(10) Sur la théorie du « compte bancaire correspondant », v., l'arrêt *United States v. JGC Corporation*, case n° 11- CR-260 (2011).

(11) Loi sur les procédures étrangères de 1984 remplaçant une loi de 1976.

(12) (L.R.C. [1985], ch. F-29), modifié en 1996.

(13) Loi sur la concurrence économique du 28 juin 1956, modifiée le 14 nov. 1958 (art. 39).

(14) Loi sur les documents maritimes et commerciaux, 1964 (c. 87).

(15) Loi fédérale sur le commerce maritime du 24 mai 1965 (art. 11).

(16) C. pén., art. 271.1 tel que modifié par le chapitre II 1 al. 16 de la LF du 13 déc. 2002, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2007 (RO 2006 3459 ; FF 1999 1787).

(17) « *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée* » sous la direction d'A. Garapon et P. Servan Schreiber, Paris, éditions PUF, 2013.

recherche de preuves par des plaignants privés ou leurs conseils *via le pretrial discovery (discovery)* <sup>18</sup> issu du système accusatoire de la *common law* <sup>19</sup>.

11. Le succès du *discovery*, dont la brutalité est gage d'efficacité, explique pour partie l'engouement que suscite cette procédure. Divers États, dont certains se réclamant pourtant du système de droit écrit tels que de grands pays émergents, commencent à l'adopter. D'où le regain d'intérêt pour la loi de blocage et corrélativement le regain des reproches de ses contempteurs qui la taxent d'entrave aux relations commerciales internationales <sup>20</sup>. Ce point de vue mérite clarification, car il repose sur une interprétation erronée de la loi de 1968 qui, à l'instar des lois étrangères ayant le même objet, est une loi d'aiguillage et non pas de blocage. Par ailleurs, en dépit d'une faible réceptivité par les juridictions et autorités publiques étrangères, la loi de blocage apparaît de mieux en mieux comprise par les partenaires économiques de la France; enfin s'il faut écarter les objections d'ordre constitutionnel et conventionnel formulées à son encontre, on doit admettre que la loi comporte des marges d'améliorations possibles, notamment au niveau de son application.

## L'encadrement de la transmission des preuves à l'étranger

12. Mal nommée, la loi « de blocage » aiguille en réalité les demandes d'informations émanant de l'étranger plus qu'elle ne s'y oppose. Cette finalité ne la singularise au demeurant nullement des lois étrangères similaires.

### La loi modifiée du 26 juillet 1968 : du *discovery* à l'entraide

#### Une loi d'aiguillage plus que de blocage

13. La loi n'interdit pas en effet de communiquer les documents et renseignements demandés par une partie privée ou une autorité étrangère, mais aiguille plutôt ces demandes vers les dispositifs d'entraide plus respectueux des standards procéduraux européens. Les articles 1<sup>er</sup> et 1 *bis* distinguent deux hypothèses. Tandis que l'article 1<sup>er</sup> de la loi <sup>21</sup> interdit de communiquer à une autorité étrangère tous renseignements et documents « d'ordre

économique, commercial, industriel, financier ou technique » de nature à porter atteinte à « la souveraineté de l'État français, à sa sécurité, à ses intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public », l'article 1 *bis* <sup>22</sup>, inséré dans la loi en 1980, prohibe quant à lui toute communication d'informations entre parties privées dans le cadre du *discovery*; les deux dispositions renvoyant aux procédures d'entraide. L'interdit de l'article 1<sup>er</sup> *bis* s'impose tant aux entreprises françaises qui font l'objet d'un *discovery* qu'aux parties privées à l'étranger qui en sollicitent la mise en œuvre à leur profit, alors que seules sont visées par l'interdiction de l'article 1<sup>er</sup> les personnes transmettant directement les renseignements et documents visés par la loi aux autorités publiques qui en requièrent la communication.

14. Le rapport à l'Assemblée nationale de M. Alain Mayoud sur le projet dont est issue la loi de 1980 éclaire l'intention du législateur. Celle-ci est de protéger les sociétés françaises appelées à répondre aux interminables questionnaires d'avocats étrangers cherchant à accumuler des preuves à l'encontre desdites sociétés, souvent d'ailleurs concurrentes des entreprises que ces avocats représentent <sup>23</sup>. Il est bien connu que si, en France comme dans la plupart des autres pays européens, la collecte des preuves, au civil comme au pénal, est placée sous le contrôle d'un juge et reste empreinte de la maxime « *nemo tenetur edere contra se* » qui exonère les justiciables de l'obligation de produire des pièces qui leur sont défavorables, dans la *common law*, la mise en état de l'affaire dans la phase pré-judiciaire relève des parties <sup>24</sup>. La partie requise est tenue de divulguer tous les éléments de preuve dont elle dispose, quelles qu'en soient la localisation et la forme et que ceci heurte ou non ses intérêts. En fait, elle doit souvent répondre à des questions fort éloignées du litige, d'où le nom de « parties de pêche » – « *fishing expeditions* » – attribué à cette pratique <sup>25</sup>. Durant cette phase de collecte de preuves, le juge ou le jury, en particulier aux États-Unis, ne joue qu'un rôle subsidiaire, seulement punitif le cas échéant en cas de refus opposé aux demandes d'informations <sup>26</sup>.

15. La jurisprudence américaine n'a cessé de renforcer le caractère coercitif du *discovery*. Suivant l'adage – « qui ne dit mot consent » –, les juridictions estiment qu'en opposant le silence, l'entreprise reconnaît les faits allégués. Les sanctions encourues sont lourdes. En dehors même du risque de devoir verser des

(18) V., § 14 ci-après du présent article. Pour la commodité de l'exposé, le terme « *discovery* » couvre dans cet article les deux procédures qui sont très proches; le *pre-trial discovery* renvoyant à la collecte de preuves avant que l'objet d'un éventuel litige soit précisé.

(19) V., le compte-rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale lors de la deuxième séance du mardi 24 juin 1980 (JORF n° 49 AN p. 2231 s.).

(20) V., note 4.

(21) Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 26 juill. 1968 modifié par la loi du 16 juill. 1980 : « 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 ».

(22) Art. 1 *bis* inséré par la loi du 16 juill. 1980 : « 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 » ; JORF du 17 juill. 1980, p. 1799.

(23) Le rapport de M. A. Mayoud - Ass. nat. n° 1814, séance du 19 juin 1980 précise que le texte recouvre la demande, la recherche ou la communication d'informations « en vue » d'une procédure judiciaire « pour adapter l'interdiction ainsi prévue aux particularités du droit procédural américain », p. 45.

(24) *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*).

(25) Dans la *common law*, durant la phase pré-judiciaire, une « *fishing expedition* » consiste, sans véritable élément de preuve, à aller à la pêche aux documents et informations en vue d'une plainte ou d'une action en justice, dont on ignore encore l'objet précis.

(26) Règles n° 37 des Règles fédérales de procédure civile américaine (*"Failure to make disclosures or to cooperate in discovery; sanctions"*).

dommages et intérêts éventuellement « punitifs » (qui peuvent aller jusqu'à un triplement des indemnités normalement dues), les récalcitrants peuvent être condamnés à régler les honoraires de l'avocat qu'ils ont contraint à déposer une requête en justice pour obtenir les informations. La société Toutélectrique a ainsi été condamnée par la cour d'appel de Californie en 2002<sup>27</sup> à 25 millions de dollars en invoquant trop tardivement la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale pour s'opposer à un *discovery*<sup>28</sup>.

16. La loi de 1968 est de nature pénale. Selon son article 3, toute infraction aux dispositions des articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er bis</sup> est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 18000 euros pouvant aller jusqu'à 90000 euros pour les personnes morales (art. 131-38 du code pénal). Certes, ces pénalités financières sont très peu dissuasives pour des entreprises qui, en cas de refus de communication fondé sur la loi, s'exposent à des amendes et à des indemnités d'un montant infiniment plus élevé. Le caractère répressif de la loi française n'en est pas moins l'expression d'une volonté politique. En indiquant – curieusement, eu égard au principe de non-cumul des peines – que ces sanctions sont encourues « sous réserve des peines plus lourdes prévues par la loi », le législateur a voulu faire référence à d'autres dispositifs tels que ceux protégeant le secret professionnel<sup>29</sup>, les secrets de fabrique<sup>30</sup> ou les secrets de la défense nationale<sup>31</sup>; l'idée étant sans doute qu'à travers les intérêts économiques des entreprises, ce sont les intérêts du pays qui peuvent être en jeu.

17. Cette considération explique pourquoi, en vertu de l'article 2 de la loi, ceux à qui sont adressées de l'étranger des demandes de renseignements et documents dans les conditions prévues aux articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er bis</sup> « sont tenus d'informer sans délai le ministre compétent », en l'occurrence le ministre des affaires étrangères<sup>32</sup>. Cette obligation, dépourvue de sanctions, tendait à permettre au ministre d'intervenir auprès de ses homologues étrangers pour régler l'affaire par la voie diplomatique. Elle visait également à donner aux juges français des éléments d'appréciation pour statuer sur les demandes d'*exequatur* en cas de condamnation de ceux qui auraient refusé de communiquer des informations pour se conformer à la loi française<sup>33</sup>. Il faut admettre que le règlement diplomatique de différends économiques entre

entreprises se conçoit aujourd'hui difficilement. Le temps n'est plus où l'État était maître de l'économie, notamment à travers ses entreprises publiques, et l'information du ministre, prévue par la loi de 1968, a beaucoup perdu de sa raison d'être<sup>34</sup>.

18. La multiplication des enquêtes en matière de corruption ou de pratiques anticoncurrentielles et la montée en puissance des actions collectives conduisent les entreprises françaises à porter un intérêt renouvelé à la loi de blocage, seul outil permettant de contrer des demandes d'informations excessives, voire abusives. Plutôt que de devoir répondre à une démarche purement unilatérale, l'entraide, vers laquelle la loi de 1968 redirige, présente l'avantage en effet de s'appuyer sur des règles fixées en commun. Les débats parlementaires montrent que le législateur français a surtout eu à l'esprit la Convention de La Haye et les articles 736 à 748 du code de procédure civile sur les commissions rogatoires venant de l'étranger<sup>35</sup>. Toutefois, la réserve de la loi sur les traités et accords internationaux renvoie plus généralement à tout accord multilatéral ou bilatéral d'entraide, qu'elle soit civile, pénale ou administrative.

#### L'entraide judiciaire internationale

19. En renvoyant à la Convention de La Haye de 1970, la loi de 1968 ne fait que rappeler la nécessité pour l'obtention de preuves civiles et commerciales de passer par une commission rogatoire internationale exécutée, selon les mesures requises, par un officier de police judiciaire, un magistrat du parquet ou un juge. Il n'est donc pas surprenant que les négociations sur la Convention de La Haye aient buté sur la question du *discovery* qui se passe de l'intervention des autorités judiciaires. Le compromis réalisé à l'article 23 de la Convention donne à tout État contractant le droit de « déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États de la *common Law* sous le nom de « *pre-trial discovery of documents* » ». La France, en 1970, s'était rangée aux côtés des pays qui avaient purement et simplement exclu qu'il puisse être déféré à une demande de *discovery*, y compris dans le cadre de commissions rogatoires internationales. Depuis 1987, cette position est assouplie, la France exigeant seulement – ce qui est la moindre des choses – que les documents demandés soient « limitativement énumérés dans la commission rogatoire » et qu'ils aient « un lien direct et précis avec l'objet du litige »<sup>36</sup>.

20. Au 1<sup>er</sup> janvier 2014, 57 États avaient ratifié la Convention de La Haye<sup>37</sup>: 19 États membres de l'Union européenne avaient émis des réserves en application de l'article 23 de la Convention, dont 11 pour déclarer s'opposer au « *pre-trial discovery* ». Les réserves exprimées par les États européens se trouvent du reste

(27) *Am. Home Assurance Co. v. Société commercial Toutélectrique*, 104 Cal. Rptr 2d 406, 409 (Cal. Ct. App. 2002)

(28) Décret n° 75-250 du 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 pp. 3980-3985.

(29) C. pén., art. 226-13.

(30) C. trav., art. L. 1227-1.

(31) C. pén., art. 413-10 et 413-11.

(32) Décret n° 81-550 du 12 mai 1981 portant application de l'art. 2 de la loi n° 68-678 du 26 juill. 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, JORF du 16 mai 1981, p. 1478.

(33) Rapport de M. A. Mayoud préc., p. 47. Pour accorder l'*exequatur*, hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies: la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi; le juge de l'*exequatur* n'a donc plus à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois françaises, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082.

(34) Comme en atteste le fait que le ministère n'accuse plus systématiquement réception des courriers reçus.

(35) C'est ce qui ressort du rapport de M. A. Mayoud, préc., suivant lequel « les recherches ou communications resteront possibles, si elles sont faites dans le respect des procédures prévues par les conventions internationales en vigueur ou à venir et précisées, pour certaines d'entre elles, par le code de procédure civile », p. 45.

(36) Modification du 19 janv. 1987 de la déclaration relative à l'art. 23, in [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) (dernière consultation le 25 mars 2014).

(37) Liste complète des États: [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=82](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=82) (dernière consultation le 25 mars 2014).

reflétées dans le Règlement 1206/2001/CE du 28 mai 2001<sup>38</sup> sur la coopération entre les juridictions des États membres de l'Union européenne (UE) dans le domaine de l'obtention de preuves en matière civile et commerciale. Selon ce texte qui, d'après ses considérants, tient compte du fait que la Convention de La Haye de 1970 n'était en vigueur qu'entre un nombre limité d'États membres, la demande de renseignements et documents adressée par une juridiction requérante à une juridiction requise « ne doit pas viser à obtenir des moyens de preuve qui ne sont pas destinés à être utilisés dans une procédure judiciaire qui est engagée ou envisagée »<sup>39</sup> ; ce qui correspond bien à la réserve de la France à l'article 23 de la Convention de La Haye.

21. La loi de 1968 énumère par ailleurs à l'article 1<sup>er</sup> les motifs justifiant de refuser la communication d'informations à des autorités étrangères, qui sont liés à un risque d'atteinte « à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ». Comment le critiquer alors que, dans tous les traités ou accords d'entraide, civile ou pénale, figurent ces mêmes exceptions à la coopération entre États<sup>40</sup> ? Comme on peut regretter que cela ne soit pas plus souvent le cas en diplomatie, en droit, la coopération s'arrête là où commencent les principes fondamentaux de l'État. Le procès d'intention qui est fait à la loi de 1968 pour son caractère soi-disant protectionniste se comprend d'autant moins quand on se réfère au droit de l'Union qui n'est pas moins protecteur. C'est le cas de la décision-cadre du 18 décembre 2008 sur le mandat d'arrêt européen en matière d'obtention de preuves dans le domaine pénal qui, tout en soulignant que l'entraide se fonde sur des liens de confiance mutuelle entre États membres, rappelle que la collecte de preuves au sein de l'UE doit être entourée des « garanties fondamentales énoncées par les législations nationales »<sup>41</sup>.

### L'entraide administrative internationale

22. Dès qu'il y a entraide, la loi de blocage s'efface, que ce soit en matière civile ou pénale, ou administrative. Or 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.

(38) Art. 21.1 du Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE L 174 du 27 juin 2001, p. 1.

(39) Art. 1.2 du Règlement n° 1206/2001, préc.

(40) En matière pénale, par ex., l'art. 694-4 du code de procédure pénale fixe comme règle générale que « Si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction. S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette information est notifiée à l'autorité judiciaire concernée et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution ».

(41) Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 déc. 2008, relative au mandat d'arrêt européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales; JOUE du 30 déc. 2008, L. 350. V. aussi, directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

23. La Commission des opérations de bourse a été la première à être autorisée à échanger des informations avec ses homologues étrangers et à conduire des enquêtes à leur demande<sup>42</sup>. La même capacité juridique a ensuite été attribuée à la Commission bancaire et à la Commission de contrôle des assurances<sup>43</sup>. Le mouvement s'est accéléré après les attentats du 11 septembre 2001 qui ont fait prendre conscience de la nécessité de mieux contrôler les circuits de financement du terrorisme. Dès 2002, un protocole d'échange d'informations a été adopté au sein l'Organisation internationale des Commissions de valeurs<sup>44</sup> pour encourager les régulateurs à coopérer entre eux<sup>45</sup>. Déjà signé par plus de cent régulateurs début 2014<sup>46</sup>, cet instrument non contraignant a fortement influencé les législateurs européens et nationaux. La directive 2004/39/CE sur les marchés d'instruments financiers (MIF ou MiFID<sup>47</sup>) en est la suite directe quand, en son article 63, elle incite les États membres à « conclure des accords de coopération prévoyant l'échange d'informations avec les autorités compétentes de pays tiers ». C'est sur cette base que l'article L. 632-7 du code monétaire et financier confère ce pouvoir à l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et la Banque de France<sup>48</sup>. Parallèlement, c'est sur le fondement des articles L. 821-52 et L. 821-5-3 du code de commerce<sup>49</sup> que le Haut Conseil français du commissariat aux comptes a conclu, en 2013, un accord d'échange d'informations et de coopération avec le *Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)* américain<sup>50</sup>.

24. On aurait pu imaginer que les nécessités des enquêtes dans les affaires de concurrence favoriseraient pareils accords d'entraide administrative. Au demeurant, l'article L. 462-9 du code de commerce<sup>51</sup> reconnaît la possibilité pour l'Autorité française de la

(42) Art. 3 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, JO du 4 août 1989, p. 09822; Art. 89.V de la loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 relative à la modernisation des activités financières, JO du 4 juill. 1996, p. 10063.

(43) Art. 61 de la Loi n° 99-532 du 28 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, JO du 29 juin 1999, p. 9487.

(44) Créée en 1983, l'OICV regroupe les régulateurs des marchés de valeurs mobilières et comptait 303 membres à la fin de l'année 2013 (source : site internet de l'OICV). Ses objectifs sont d'établir des standards internationaux permettant de renforcer l'efficacité et la transparence des marchés de valeurs mobilières, de protéger les investisseurs et de faciliter la coopération entre régulateurs afin de lutter contre la criminalité financière.

(45) Protocole multilatéral d'entente sur les consultations et échanges d'informations du 23 oct. 2002, révisé en 2012.

(46) 21 régulateurs n'attendant plus qu'une habilitation légale pour en devenir signataires; Source site internet de l'OICV.

(47) Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avr. 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du conseil, JO L 145, 30 avr. 2004.

(48) Au 10 mars 2014, le site internet de l'AMF fait état de 62 accords de coopération dont notamment un avec la SEC, deux avec la CFTC et un avec la *Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)* - organisme privé mandaté par le Congrès américain pour enquêter sur d'éventuels délits d'initiés. Au niveau de l'ACPR, 26 accords sont en vigueur dont, à titre d'exemple, un avec le Département bancaire de l'État de New York et un accord transcrit dans une déclaration commune avec la Banque centrale américaine.

(49) Issus de l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 déc. 2008 transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 et relative aux commissaires aux comptes.

(50) Protocole du 31 janv. 2013; autorisé par la délibération n° 2013-214 du 11 juill. 2013 de la CNIL, JORF n° 0224 du 26 sept. 2013, texte n° 62.

(51) Art. issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, JO du 16 mai 2001, p. 7776.

concurrence (ADLC), au besoin en concluant des conventions, de « communiquer les informations ou les documents qu'elle détient ou qu'elle recueille » à des autorités homologues. Il existe bien une coopération étroite au sein du réseau européen des autorités de concurrence<sup>52</sup> et entre la Commission européenne et l'ADLC. Mais à ce jour, cette dernière n'a conclu définitivement aucun accord avec des autorités de pays tiers. Elle a peut-être entendu la recommandation de 1995 de l'OCDE qui invitait ses membres à « faire preuve de modération et de retenue et à tenir compte des règles de fond et de procédure applicables à l'étranger lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs d'enquête en vue d'obtenir des renseignements situés à l'étranger »<sup>53</sup>. On ne peut exclure qu'ait pu jouer, dans cette sage prudence, la conscience qu'a l'autorité française de l'impératif de protection des secrets d'affaires<sup>54</sup>.

25. Pour le reste, il est un fait que l'évolution générale va dans le sens d'une coopération toujours plus étroite entre autorités de régulation et de contrôle, qu'elles constituent comme en France des autorités administratives indépendantes ou qu'il s'agisse – telles que la *Financial industry regulatory authority* (FINRA) – d'instances privées dotées par délégation de prérogatives d'État. Sur le modèle des conventions classiques, les accords d'entraide administrative entre ces autorités comportent des garanties : refus d'entraide en cas de risque d'atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État tels que sa souveraineté et sa sécurité, aux « autres intérêts essentiels » ou encore à l'ordre public international ; exigence quant au caractère précis et justifié des demandes d'informations ; réserve de réciprocité de manière à assurer un échange d'informations équilibré entre autorités fondé sur une bonne volonté réciproque ; garanties de préservation de la confidentialité des données échangées. Même si le juge n'intervient pas dans la mise en œuvre de ces accords qui, selon la réglementation française, dérogent à la loi de blocage<sup>55</sup>, des limites sont donc tout de même fixées pour encadrer la coopération transfrontalière entre les autorités.

(52) Règlement (CE) n° 1/2003 et du règlement CE 1/2003 du 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du Traité.

(53) « Recommandation du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux » OCDE, 27 juill. 1995 - C(95)130/FINAL ; Les autorités lusophones ont passé entre elles des accords d'entraide, v., M. Tavares, M. Tavares de Araujo, « International cooperation as an effective tool for competition enforcement: The Brazilian and Portuguese cooperation experience », *in Revue Concurrences*, sept. 2011, n° 3-2011, Art. n° 37132.

(54) Il est intéressant de noter également que sur le fondement de l'art. 339 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une stricte obligation de secret professionnel s'impose à toutes les institutions européennes et à leurs agents. Plus particulièrement, lorsque la Commission européenne, en tant qu'autorité de concurrence, est sollicitée par une autorité tierce, l'information confidentielle ne pourra être transmise qu'en présence d'une dispense dite « waiver » (ie : renonciation à la confidentialité de la part de l'entreprise) ; Consid. 1.9, annexe I du règlement d'exécution n° 1269/2013, du 5 déc. 2013, modifiant le règlement n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 14 déc. 2013, L 336/1.

(55) V., l'art. L. 632-7 du code des marchés financiers à propos de l'ACPR et de l'AMF et la Banque de France et l'art. L. 821-5-3 du code de commerce à propos du Haut conseil du commissariat aux comptes.

## Les lois « de blocage » étrangères

26. Parmi les pays<sup>56</sup> dotés d'une loi « bouclier » (pour paraphraser la CNIL dans sa recommandation de 2009 sur le *discovery*<sup>57</sup>), le Royaume-Uni et le Canada sont des cas d'autant plus intéressants que leur système juridique appartient à la *common Law* à l'origine du *discovery*.

27. La première loi de blocage jamais adoptée est une loi de l'État d'Ontario au Canada, datant de 1947<sup>58</sup>. 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<sup>59</sup>. Lorsqu'en 1950, les autorités américaines se sont avisées d'enquêter cette fois-ci sur un possible cartel pétrolier, en demandant la transmission de documents stratégiques<sup>60</sup>, ce fut au tour des gouvernements britannique, français, italien et néerlandais d'élever des protestations pour obtenir d'ailleurs finalement le retrait de ces demandes, avec l'appui du Conseil national de sécurité américain. C'était l'époque où chaque grande enquête américaine sur des cartels internationaux suscitait des réactions de la part des États des entreprises concernées.

28. Le Royaume-Uni ne fut pas le dernier à tenter d'encadrer les demandes de *discovery* venant de l'étranger, alors même que la procédure existe en droit national. Ainsi, l'*Evidence Act* de 1975<sup>61</sup>, qui a introduit en droit interne les dispositions de la Convention de La Haye de 1970, interdit-il expressément les « *fishing expeditions* » en exigeant que les documents demandés soient en lien avec le litige. Le *Protection of Trading Interests Act* de 1980<sup>62</sup>, adopté à la suite de l'action de ressortissants américains réclamant des dommages et intérêts punitifs à un groupe minier britannique impliqué dans le cartel de l'uranium (qui s'était constitué du fait de l'embargo décrété par les États-Unis sur les importations de ce produit), consacre quant à lui la possibilité, dans les domaines du commerce international et de la concurrence, d'opposer la primauté des intérêts nationaux à des demandes de *discovery*<sup>63</sup>. Selon cette loi, l'*exequatur* des jugements étrangers ne tenant pas compte de ses dispositions ou condamnant à des dommages et intérêts punitifs doit être refusé, les entreprises pouvant dans ce dernier cas obtenir le recouvrement de la partie « punitive » des indemnités qu'elles ont eu à verser<sup>64</sup>.

(56) Autres exemples : Italie, Espagne, Belgique, Suisse, Roumanie, Panama, Malaisie, Chili, Venezuela, Argentine, Bahreïn, Suède, Norvège, Pays-Bas, Australie, Afrique du Sud ou l'Allemagne.

(57) Délibération n° 2009-474 du 23 juill. 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « *discovery* », JOFR du 19 août 2009, texte n° 27.

(58) *Business Records Protection Act*, 1947 Ont. Rev. Stat. c. 54.

(59) *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Addressed to Canadian International Paper Co.* 72 F. Supp. 1013 (S.D.N.Y. 1947)

(60) *In re Investigation of World Arrangement*, 13 F.R.D. 280 (D.D.C. 1952).

(61) *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975* Chapter 34, 22<sup>nd</sup> May 1975.

(62) Le *Protection of Trading Interests Act de 1980 (chapter 11)* du 20 mars 1980 remplace le *Shipping Contracts and Commercial Documents Act* de 1964 qui avait une portée plus restreinte.

(63) Chapitre 11, Section 1 et 2, *Protection of Trading Interests Act*, préc.

(64) Le droit anglais a finalement importé le système des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence lors d'une action civile en responsabilité. V., l'arrêt du 5 juill. 2012 de la Cour spécialisée dans les affaires de concurrence ou CAT, 2 *Travel Group PLC (in liquidation) v. Cardiff City Transport Services*, [2012] CAT 19.

29. La loi canadienne sur les mesures extraterritoriales étrangères de 1985<sup>65</sup>, quant à elle, donne compétence au procureur général pour interdire aux entreprises canadiennes ou à toute autre personne de se soumettre, dans le domaine de la concurrence, à une mesure étrangère qui porterait préjudice aux intérêts commerciaux ou à la souveraineté du Canada. Il peut aussi ordonner la saisie conservatoire des documents demandés. Enfin, la loi prévoit, dans les mêmes conditions qu'au Royaume-Uni, un refus d'*exequatur* en cas de condamnation par une juridiction étrangère d'une entreprise nonobstant les intérêts nationaux en cause ou la prohibition des dommages intérêts punitifs et offre la possibilité de recouvrer la partie punitive des indemnités éventuellement versées<sup>66</sup>.

## Le problème de l'effectivité de loi modifiée du 26 juillet 1968

30. La loi française ne mérite par conséquent pas plus l'opprobre que les lois étrangères. C'est sa relative ineffectivité qui fait problème, de sorte que la réceptivité des juridictions étrangères et des autorités publiques étrangères est encore limitée, même si dans le même temps les évolutions récentes montrent que la loi de 1968 reste une garantie à ce jour irremplaçable.

## L'attitude de dédain des juridictions anglo-saxonnes

31. Jusqu'aux années 80, les grands conflits commerciaux pouvaient encore se régler avec le concours de la diplomatie. L'affaire *Saint-Gobain* en est un exemple<sup>67</sup>. L'entreprise, ayant une représentation aux États-Unis, s'était vue enjoindre par la FTC de transmettre une série de documents dans le cadre d'une enquête sur des pratiques anticoncurrentielles. Face à son refus, cette agence avait saisi un juge de la Cour de district de Washington D.C. Mais la société avait alerté le gouvernement français, qui adressa des admonestations au gouvernement américain en faisant valoir que cette demande portait atteinte aux principes du droit international et à la souveraineté de la France. La cour d'appel fit droit à ces récriminations. Elle jugea que la demande devait effectivement passer par les canaux de la coopération judiciaire, le Congrès, selon le juge, n'ayant pas conféré à la FTC le pouvoir d'enquêter directement sur des entreprises à l'étranger (peu de temps après, le Congrès attribuait ce pouvoir à l'Agence...).

32. La jurisprudence américaine a pris un tournant lorsque la Cour suprême des États-Unis a purement et simplement dénié toute applicabilité à la loi française de 1968 dans le fameux arrêt *Société nationale industrielle aéronautique* du 15 juin 1987. Retenant principalement le critère du « *hardship* », i.e. celui de l'effectivité de la loi, la Cour considère que, puisqu'aucune entreprise n'a jamais été sanctionnée en France pour infraction à la loi et que

le risque pénal semble inexistant, la loi est sans valeur<sup>68</sup>. Il convient en effet d'avoir à l'esprit le rôle de la jurisprudence dans la *common law* comparé aux systèmes de droit écrit. Dans la *common law*, le juge n'est pas la simple « bouche de la loi », pour reprendre l'expression de Montesquieu<sup>69</sup>. Il est celui qui, en l'interprétant, lui donne sa force (d'où la formule « *judge-made law* »). La jurisprudence est source de loi et une loi non appliquée perd de sa vigueur: « *Precedents are the best evidence of law* » suivant la formule bien connue du juge Blackstone au XVIII<sup>e</sup> siècle.

33. De façon générale, pour apprécier l'applicabilité d'une loi de blocage opposée à une demande de *discovery*, les juges américains procèdent à la « mise en balance » des intérêts en cause, en faisant intervenir plusieurs critères: (i) l'importance des informations demandées par rapport aux enjeux du litige; (ii) le degré de spécificité de la requête; (iii) la localisation géographique des informations requises; (iv) l'existence d'alternatives « simples et efficaces » dans le pays étranger pour obtenir les documents; (v) les intérêts nationaux respectifs des États-Unis et de l'État étranger; (vi) l'effectivité des sanctions encourues dans l'État requis en cas de violation de la loi de blocage et parfois même également (vii) la bonne foi de l'entreprise étrangère. On ne s'étonnera pas que cette accumulation de critères réduise très sérieusement les chances de voir prise en compte une loi de blocage<sup>70</sup>!

34. Dans de très rares cas, le juge américain a pu renvoyer à des commissions rogatoires pour l'obtention de preuves<sup>71</sup>. Ainsi, en 1991, dans l'affaire *In Re Perrier Bottled Water Litigation*<sup>72</sup>, une demande de *discovery* pouvait être jugée abusive compte tenu du volume de documents requis qui étaient sans rapport direct avec le litige. La juridiction constatait en outre qu'en ratifiant la Convention de La Haye, la France exprimait un choix de souveraineté qui devait peser en faveur du recours aux procédures de ladite Convention.

35. Mais ce type de décision fait figure d'exception. Dans la majorité des cas, le juge américain valide le *discovery*, moyen puissant pour appréhender une entreprise où qu'elle soit implantée dans le monde, et où que les documents de nature à constituer des preuves de ses agissements répréhensibles puissent se trouver. La

(65) (L.R.C. (1985), ch. F-29).

(66) Même si les juridictions canadiennes peuvent accorder des dommages et intérêts punitifs, *Hill v. Church of Scientology of Toronto* [1995] 2 S.R.C. 1130, para. 196.

(67) *FTC/Compagnie de Saint-Gobain Pont à Mousson*, 636 F.2<sup>nd</sup>. 1300 (D.C. Circ.1980).

(68) Cour suprême des États-Unis, arrêt *Société nationale industrielle Aéronautique*, 482 U.S. 522 du 15 juin 1987, n° 85-1695.

(69) « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », Montesquieu, Chapitre VI du Livre XI, *De l'Esprit des lois*.

(70) P. Grosdidier in *The French blocking statute, the Hague Evidence Convention, and the case law: lessons for French parties responding to American discovery, updated on January 31, 2014*. L'auteur dénombre 32 affaires devant les juridictions américaines dans lesquelles les parties ont invoqué la loi de blocage et/ou la Convention de La Haye pour s'opposer à des demandes de production de documents. L'argument portant sur la loi de blocage a été considéré dans de rares cas, mais jamais totalement pris en compte.

(71) Les Cours ont accepté de respecter les procédures prévues par la Convention de La Haye dans 5 des 32 affaires relevées par P. Grosdidier (*ibid.*): *Abbott labs. v. Impax labs., Inc.*, N°. Civ. A 03-120-KAJ, 2004 WL 1622223 (D. Del. July 15, 2004); *In re Perrier Bottled Water Litigation*, 138 F.R.D. 348 (D. Conn. 1991); *Phillips Petroleum*, 105 F.R.D. 16; *Husa v. Laboratoires Servier, S.A.*, 740 A. 2d 1092 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999); *Vincent*, 475 A. 2d 686. Ainsi que dans l'arrêt rendu par la Delaware Chancery Court du 21 février 2014: *in re activision Blizzard Inc Stockholder Litigation*, C.A. n°. 8885-VLC, 2014 WL 717541.

(72) *In Re Perrier Bottled Water Litigation*, 138 F.R.D 348, 350 (D. Conn. 1991).

jurisprudence est censée être plus souple s'agissant des tiers appelés à témoigner ou à communiquer des documents dans le cadre d'un litige. Mais c'est loin d'être une constante. La banque Lazard l'a expérimenté à ses dépens. Dans une affaire opposant en 2006 la SEC à Vivendi Universal, elle avait fait valoir que les documents concernant ses prestations fournies à la société ne pouvaient être transmis que *via* les procédures de la Convention de La Haye de 1970. L'argument fut rejeté, alors même qu'il était admis que la banque était de bonne foi <sup>73</sup>.

36. Dans de très nombreuses décisions concernant des entreprises françaises, les juridictions américaines écartent l'application de la loi de blocage au motif qu'il n'existe aucun risque pénal significatif en France en cas de violation de la loi. On peut citer les arrêts *Bodner c/ Banque Paribas* en 2000 <sup>74</sup> et *Strauss c/ Crédit Lyonnais* en 2007 <sup>75</sup>, la Cour estimant au surplus dans cette dernière affaire que les documents venant de France, mais localisés aux États-Unis, ne bénéficiaient en tout état de cause d'aucune espèce de protection. Cette interprétation est contestable car la loi ne fait nulle exception quant à la localisation des informations et il est logique de considérer qu'elle s'applique au sein de l'ensemble d'un groupe qui fait l'objet des demandes d'informations. À défaut de quoi, il serait à l'évidence trop facile de la contourner.

37. Dans l'affaire *In re Global Power Equipment Group* de 2009, une Cour du Delaware a non seulement rejeté les arguments tirés de la loi de blocage, mais elle a stigmatisé au passage la formule de la commission rogatoire internationale pour ses délais d'exécution excessifs et le fait qu'elle aurait impliqué un contrôle des autorités françaises <sup>76</sup>! En 2010, dans l'affaire *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* <sup>77</sup> relative à une entente entre compagnies de fret aérien, les tribunaux civils de New York ont ordonné à Air France de produire des documents, par ailleurs déjà communiqués dans le volet pénal de l'affaire à la suite d'une procédure d'entraide judiciaire entre la France et les États-Unis.

38. Pourtant, ces deux dernières affaires, datant de 2009 et 2010, sont postérieures à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2007 <sup>78</sup> par lequel, pour la première fois, celle-ci a confirmé le bien-fondé de la condamnation à une amende de 10000 euros, sur la base de la loi de blocage, de l'avocat qui avait obtempéré, dans le cadre de l'affaire *Executive Life*, à une demande de *discovery*. Cette affaire n'est peut-être pas entièrement topique, car le praticien s'était procuré les informations par des moyens peu déontologiques. Il n'en reste pas moins que l'arrêt est sans ambiguïté quant à l'applicabilité de la loi en cas d'infraction à ses dispositions.

(73) *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, N°. 02CIV5571RJHHBP 2006 WL 3378115, para. 2 (S.D.N.Y. 16 nov. 2006).

(74) *Bodner c/ Banque Paribas*. 202 F.R.D 370 (E.D.N.Y 21 déc. 2000) § 375.

(75) *Strauss c/ Crédit Lyonnais S.A.* 242 F.R.D. 199 (E.D.N.Y.25 mai 2007) et 249 F.R.D 429, (E.D.N.Y. 10 mars 2008).

(76) *In re Global Power equipment group*, 418 B.R. 833 (Bankruptcy court of Delaware du 28 oct. 2009), p. 10.

(77) *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation*, 278 F.R.F. 51 (E.D.N.Y 29 mars 2010).

(78) Crim., 12 déc. 2007, n° 07-83.228, D. 2008. 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur; Rev. sociétés 2008. 882, note D. Barlow; Rev. crit. DIP 2008. 626, note D. Chilstein; RTD com. 2008. 639, obs. B. Bouloc; *ibid.* 903, obs. P. Delebecque; JurisData n° 2007-042157.

39. Si la loi de 1968 est ainsi souvent dédaignée par les juridictions américaines, elle n'est pas la seule à pâtir de cette incompréhension. Toutes les lois qui tendent à filtrer les informations pouvant être communiquées dans le cadre de procédures vers des pays tiers, se voient opposer la jurisprudence *Aérospatiale* précitée. Dans deux affaires mettant en cause la transmission de données personnelles, le juge américain, en 2010, a refusé l'applicabilité de la législation allemande de protection des données – arrêt *AccessData Corp v. ALSTE Techs. GBMH* <sup>79</sup> – et de la loi italienne sur le même sujet – arrêt *Devon Robotics v. DeViedma* <sup>80</sup> –, illustrant là encore la difficulté de faire intégrer par des juridictions étrangères les garanties propres au droit européen.

40. S'agissant de la loi de 1968, le juge britannique ne fait pas plus dans la nuance que le juge américain <sup>81</sup>. Dans l'arrêt *National Grid Electricity Transmission PLC (NGET)* <sup>82</sup> de 2013, la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles a refusé de prendre en compte la loi de 1968, elle aussi en raison de l'absence de risque de poursuites pénales en cas de violation de la loi. Mais le juge britannique est allé plus loin. Dans cette affaire relative à une action en dommages et intérêts à l'encontre de sociétés françaises condamnées pour cartel par les juridictions de l'Union, la Haute Cour a aussi fait appel au principe de « coopération loyale » et à l'obligation pour les États d'assurer l'effectivité des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) <sup>83</sup>, pour signifier implicitement à la France qu'elle devait renoncer à appliquer la loi dans l'Union européenne lorsqu'il s'agit de permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation des dommages causés de ce fait. Le juge Roth, chargé de l'affaire, déclare en effet « inconcevable que lorsque la compétence d'une juridiction est exercée en vertu d'un règlement de l'Union [...], les autorités d'un autre État membre déclenchent, à leur discrétion, des poursuites pénales à l'encontre de [l']entreprise [concernée] en raison de sa mise en conformité avec les règles procédurales des juridictions de l'État membre où se déroule la procédure en dommages et intérêts ». En d'autres termes, la loi de 1968 serait contraire au droit de l'Union dès lors qu'il est question de sanctionner des comportements anticoncurrentiels. Après la cour d'appel <sup>84</sup>, la Cour suprême du Royaume-Uni <sup>85</sup> a purement et simplement refusé en 2013 de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ou de réexaminer l'affaire, cette dernière ne soulevant pas selon elle de « point de droit contestable ».

(79) *AccessData Corp. v. ALSTE Technologies GmbH*, 2010 U.S. Dist. Case n° 2:08cv569, LEXIS 4566 (D. Utah Jan. 21, 2010).

(80) *Devon Robotics v. DeViedma* n° 09-cv-3552, 2010 WL 3985877 (E.D. Pa. 8 oct. 2010).

(81) *Outer House, Court of Session CA38/13 [2013] CSOH 162 Service Temps Inc v. Innes Nicolson Macleod and Donald McCorquodale*, 9 octobre 2013. Opinion of Lord Hodge, § 32 and § 33.

(82) *High Court of England and Wales. Affaire National Grid Electricity*, n° HC08C03243, 11 avr. 2013.

(83) CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-199/11, *Europese Gemeenschap/Otis et autres*, pt 50 s., RSC 2013. 167, chron. L. Idot; RTD eur. 2013. 316, obs. L. Coutron; *ibid.* 682, obs. F. Benoît-Rohmer; *ibid.* 849, obs. L. Idot. V. égal., CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, pt 51, AJDA 2013. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère; RTD civ. 2013. 843, obs. H. Barbier; RTD eur. 2013. 849, obs. L. Idot.

(84) [2013] EWCA Civ 1234, du 22 oct. 2013.

(85) *High Court of England and Wales*, 20 déc. 2013, n° 2013/0236 concernant *Areva*; n° 2013/0237 concernant *Alstom*.

41. Cette décision, qui peut surprendre alors que le Royaume-Uni est doté de lois correspondant à la loi française de blocage, doit être resituée dans le contexte d'une politique judiciaire très proactive menée outre-Manche dans le but d'attirer un maximum de contentieux économiques internationaux devant les juridictions britanniques. Le but ultime est de faire de Londres, outre le centre mondial de la finance, la « City » du droit des affaires<sup>86</sup>.

42. Il faut aussi reconnaître que la procédure de *discovery* a été quelque peu civilisée dans le système britannique, comme on le verra ci-après. Mais il n'en est pas ainsi partout dans le monde et de plus, structurellement, le *discovery* n'est pas exempt d'abus, dans ses objectifs comme dans ses modalités. D'abord, il peut servir d'autres objectifs que celui de collecter des preuves. Il peut être un prétexte pour obtenir de la partie requise qu'elle communique, consciemment ou non, des données laissant transparaître ses liens avec l'État d'où proviennent les demandes d'informations de manière à pouvoir l'attirer devant les juridictions dudit État. Les spécialistes de l'espionnage économique savent également que certaines demandes de *discovery* peuvent être un moyen d'accéder à des informations relevant du secret des affaires. Mais cela n'est pas tout. Censée être la voie la plus directe pour rassembler les preuves à présenter au juge, le *discovery* est devenu une procédure chronophage engendrant des coûts prohibitifs pour ceux dont la capacité de résistance est réduite du fait des pressions pécuniaires et des menaces de sanctions dont ils font l'objet en cas de refus de « coopérer »<sup>87</sup>. Le *discovery*, dans les litiges privés, s'il n'est un jeu, s'apparente parfois tout de même à une façon de chercher à piéger l'adversaire pour qu'il dévoile ses erreurs ou ses fautes. À cet égard, il s'inscrit dans la compétition acharnée que se livrent dans un monde global les entreprises sur le terrain judiciaire, et non pas seulement sur les marchés<sup>88</sup>.

43. Par contraste, en France, les méthodes de collecte de preuves sont très encadrées. En particulier, les ordonnances sur requête prescrivant des mesures d'instruction *in futurum* en application de l'article 145 du code de procédure civile (C. pr. civ.), pour contraindre une partie à produire des pièces dans la phase pré-judiciaire, sont soumises à des conditions précises. Outre que ces mesures sont prises par un juge, l'accès aux preuves n'est admis que si le demandeur justifie d'un « intérêt légitime » en ce que l'issue du litige en dépend et que les preuves sont en risque de déperissement. Toute « mesure d'investigation générale » est dûment prohibée, comme vient de le rappeler la cour d'appel de Toulouse le 28 mai 2013 en relevant, dans cette espèce, que « l'ampleur de la période concernée (...) excède manifestement les prévisions et les limites de l'article 145 C. pr. civ. et porte atteinte de façon disproportionnée aux droits des personnes physiques et morales ayant ainsi à subir la mesure d'instruction »<sup>89</sup>.

(86) Ce qui peut paraître contradictoire avec le fait que, le 23 janv. 2013, lors d'un discours intitulé « *Britain and Europe* », le Premier ministre D. Cameron a annoncé l'intention de son gouvernement d'étudier le retrait de son pays du volet de la coopération judiciaire et policière européenne, en principe avant le 31 mai 2014. Pour plus d'informations, v. : Réponse du gouvernement en date du 23 juill. 2013 au rapport intitulé « *EU police and criminal justice measures: The UK's 2014 opt-out decision* » du European Union Committee de la House of Lords du 23 avr. 2013.

(87) Wayne D. Brazil, *The adversarial Character of Civil Discovery: A critique and Proposals for Change*, p1303, Berkley Law, 31 Vand. L. Rev. 1295 (1978).

(88) Wayne D. Brazil, *The adversarial Character of Civil Discovery: A critique and Proposals for Change*, 1311, Berkley Law, 31 Vand. L. Rev. 1295 (1978).

(89) Toulouse, 2<sup>e</sup> ch., sect. 2, 28 mai 2013, n° 12/01304.

La Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 14 novembre 2013<sup>90</sup>, a confirmé la nullité d'une procédure qui portait sur un ensemble de documents, supports et matériels informatiques, comme excédant les prévisions de l'article 145 précité du code de procédure civile.

44. « Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer », cette maxime vient encore de se vérifier à l'occasion de l'arrêt du 21 février 2014 de la Cour de la Chancellerie de l'État du Delaware<sup>91</sup>. Cette juridiction, dont les décisions sont très suivies, a en effet fait partiellement droit aux arguments fondés sur la loi française de blocage présentés devant elle par Vivendi SA. Mettant en balance les critères de la jurisprudence *Aérospatiale*, la Cour indique qu'elle refuse de « procéder par la seule voie de la Convention de La Haye pour exiger de Vivendi SA, défendeur, la divulgation des informations, [et qu'elle]... n'est pas non plus prête à mettre en péril le calendrier de la procédure en acceptant la Convention de La Haye comme solution de premier recours ». Toutefois, elle admet que « les parties procèdent selon les deux règles, celle de cette Cour [soit la procédure du *discovery*] et celle de la Convention de La Haye [soit la procédure de la commission rogatoire internationale] ». La conciliation consiste à impartir des délais à Vivendi SA : cinq jours pour transmettre à l'autorité française une demande de commission rogatoire internationale et trente-trois jours pour obtenir la communication des documents, l'entreprise étant invitée à déployer « de bonne foi » des efforts pour s'assurer de l'assistance requise des autorités françaises. À défaut, la Cour annonce qu'elle appliquera la jurisprudence *Aérospatiale* et infligera les sanctions habituelles en cas de refus d'obtempérer à une demande de *discovery*.

45. Cette décision est intéressante d'abord en ce qu'elle se réfère à l'arrêt précité de la Cour de cassation de 2007 sur la loi de 1968 (dans une autre affaire concernant Vivendi). Ensuite, la Cour relève pertinemment que « chaque pays a logiquement une préférence pour son propre système, sinon il en changerait ». Enfin, la solution – timide – a sans doute déjà été envisagée par des tribunaux américains dans les années 90<sup>92</sup>; mais ici elle marque un changement d'esprit qui vient contredire les prédictions de ceux qui, à la suite de l'adoption de la proposition de loi *Carayon* début 2012, sonnaient déjà le glas de la loi de 1968 (v., ci-après).

### La réception de la loi par les autorités publiques étrangères

46. On constate le même frémissement du côté des agences gouvernementales. L'invocation de la loi de blocage a en effet permis à plusieurs sociétés françaises de parvenir à des compromis plus acceptables lors de transactions conclues avec des autorités étrangères, notamment aux États-Unis<sup>93</sup> où ce mode de règlement

(90) Civ. 2<sup>e</sup>, 14 nov. 2013, n° 12-26.930.

(91) Delaware Chancery Court, 21 févr. 2014, *in re activision Blizzard Inc Stockholder Litigation*, C.A. n°. 8885-VLC, 2014 WL 71754.

(92) *In Re Perrier Bottled Water Litigation*, 138 F.R.D 348, 350 (D. Conn. 1991) ; *Helen Husa, et al. v. Laboratoires Servier SA, et al.* 740 A.2d 1092 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999).

(93) Au titre d'un « *deferred prosecution agreement* » (DPA) qui suspend les poursuites après homologation par un juge, ou d'un « *non prosecution agreement* » (NPA) procédure totalement extrajudiciaire qui les évite.

des litiges est utilisé aujourd'hui pour clore près de 97 % des dossiers pénaux <sup>94</sup>. Parmi les transactions intervenues non sans que la loi de 1968 n'ait été invoquée <sup>95</sup>, on peut citer les trois accords passés entre le Département de la justice américain et la SEC, d'une part, et trois groupes français, d'autre part: Technip (le 24 juin 2010) <sup>96</sup>, Alcatel-Lucent (le 20 déc. 2010) <sup>97</sup> ou encore Total (23 mai 2013) <sup>98</sup>. Moyennant des nuances, la loi de 1968 a permis de garantir que le « moniteur indépendant », devant être désigné pour contrôler en interne les activités de l'entreprise, soit de nationalité française et choisi parmi les noms proposés par l'entreprise. Du fait de la loi dans deux des trois cas, les rapports du moniteur ont pu être transmis, non pas directement à l'administration américaine, mais à l'administration française <sup>99</sup> qui les adresse ensuite à cette dernière.

47. Le chemin est néanmoins encore long à parcourir pour stabiliser les relations entre entreprises et autorités étrangères dans le cours des enquêtes qu'elles mènent pour appréhender des agissements illicites. Car ces enquêtes ne sont pas l'apanage des agences gouvernementales américaines. Des groupes européens et asiatiques ont par exemple reçu en 2012 et 2013 des demandes d'informations émanant de l'Autorité de la concurrence brésilienne, le Conseil administratif de défense économique (CADE). L'autorité brésilienne a en effet décidé d'orienter sa politique répressive en direction des sociétés condamnées par la Commission européenne pour cartel pour peu qu'elles aient été exportatrices au Brésil au moment de l'infraction ou y aient eu un établissement. Le CADE puise donc dans les décisions de la Commission – ou de la Cour de justice de l'Union – la preuve des faits lui servant à incriminer les entreprises concernées, de manière à se borner ensuite à mesurer l'effet présumé des pratiques au Brésil en fonction des importations ou de la production dans le pays pendant la durée de l'infraction. Cette démarche est problématique. Notamment, elle prive les entreprises de la possibilité de contester les faits ou au contraire de les reconnaître pour bénéficier d'une immunité ou d'une réduction d'amende. Aussi plusieurs sociétés françaises ont-elles opposé la loi de blocage, en faisant observer au passage dans une de ces affaires que, les faits étant prescrits au regard du droit tant brésilien que français, l'ordre public au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1968 était en cause.

48. Si d'autres autorités de concurrence s'inspiraient du CADE, plus aucune entreprise condamnée pour entente anticoncurrentielle ne serait à l'abri d'une enquête sur les mêmes faits lancée à un moment ou un autre et dans quelque endroit que ce soit sur la planète. Or d'autres moyens existent pour détecter les comportements répréhensibles d'entreprises, en premier lieu les dispositifs

(94) « Deals de justice - le marché américain de l'obéissance mondialisée », A. Garapon, P. Servan-Schreiber, PUF, 2013.

(95) Une autre hypothèse – moins connue – d'une invocation possible de la loi de blocage est celle dans laquelle une entreprise française de défense décide d'investir aux États-Unis. Dans ce cas, l'entreprise doit obtenir l'aval du Comité pour l'investissement étranger aux États-Unis composé de représentants de 16 agences et départements gouvernementaux, incluant ceux de la défense, du Trésor, et du commerce et de la sécurité intérieure) et lui fournir à cet effet un volume considérable de documents et renseignements.

(96) DPA du 24 juin 2010 dans l'affaire *USA v. Technip*.

(97) DPA du 20 déc. 2010 dans l'affaire *USA v. Alcatel-Lucent*.

(98) DPA du 23 mai 2013 dans l'affaire *USA v. Total S.A.*

(99) I.e.: au Service central de la prévention de la corruption (SCPC), service interministériel auprès du ministre de la justice.

d'alerte professionnelle. Le droit français s'est adapté à cette nouvelle façon de contribuer à la lutte contre la criminalité économique qui n'était pas dans ses traditions culturelles. Sans aller – encore – jusqu'à prévoir de récompense pécuniaire aux lanceurs d'alerte, comme le font la loi *anti-corruption sud-coréenne* de 2009 <sup>100</sup> et la loi américaine *Dodd-Frank* de 2010 sur la réforme bancaire et la protection du consommateur <sup>101</sup>, par exemple, le législateur français vient, dans trois dispositifs adoptés en 2013 <sup>102</sup>, de doter les lanceurs d'alertes d'un statut protecteur qui se veut une incitation à la dénonciation. Les dispositions pénales sur les « repentis » viennent également d'être modifiées pour faciliter l'octroi d'une immunité ou d'une réduction de peine à ceux qui auront dénoncé des faits de blanchiment, corruption ou trafic d'influence auxquels ils auraient participé <sup>103</sup>. Enfin et dans la même ligne, la proposition de directive européenne sur le secret des affaires <sup>104</sup> exonère de toute pénalité les repentis qui, en révélant « une faute, une malversation ou une activité illégale », violeraient par là un secret industriel ou commercial.

## Des fondements à tort contestés, une utilité renouvelée

49. L'institutionnalisation des lanceurs d'alerte, qui ne s'arrête pas au secteur de l'entreprise et touche maintenant le monde politique, est salutaire eu égard aux coûts financiers, moraux, mais aussi politiques pour les États et la société dans son ensemble qu'engendre la délinquance économique. C'est précisément en raison de la multiplication des dénonciations qui seront autant d'occasions d'engager des actions contre les acteurs économiques qu'un encadrement international du *discovery* serait souhaitable, dès lors que la Convention de La Haye de 1970, dont c'était pour partie l'objet, n'est pas parvenue à l'imposer. Ne nous faisons pas d'illusions: en dehors de l'Europe, il est très difficile d'harmoniser des procédures qui reflètent des traditions juridiques bien ancrées. C'est pourquoi en l'état, les lois de blocage gardent leur vertu. Ce qui conduit à s'interroger sur le vote de janvier 2012 à l'Assemblée nationale, de la proposition de loi de M. Bernard Carayon « visant à sanctionner la violation du secret des affaires » <sup>105</sup>. Cette proposition ne se contentait pas en effet de créer une incrimination pénale de violation du secret des affaires,

(100) Art. 68 de la loi n° 9402 prévoyant qu'un lanceur d'alerte peut être gratifié d'un montant allant jusqu'à deux millions de dollars.

(101) Section 922 of the *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* du 21 juill. 2010, Public Law 111-203.

(102) Loi n° 2013-316 du 16 avr. 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JORF n° 0090 du 17 avr. 2013, p. 6465; la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 oct. 2013, p. 16829 et la loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JORF n° 0284 du 7 déc. 2013 p. 19941.

(103) C. pén., nouv. art. 324-6-1 issu de la loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, préc.

(104) Art. 4.2.b. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, du 28 nov. 2013, COM(2013) 813 final, 2013/0402 (COD).

(105) Rapport n° 4159 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles par M. Carayon le 11 janv. 2012, sur la proposition de loi (n° 3985) visant à sanctionner la violation du secret des affaires.

laquelle répond effectivement à une urgence pour lutter contre l'espionnage économique. Elle vidait aussi de sa portée la loi du 26 juillet 1968 en la recentrant sur la seule protection du secret des affaires. Les commentateurs anglo-saxons de cette réforme ne s'y sont d'ailleurs pas trompés<sup>106</sup>. On ne voit pas l'intérêt en effet d'une loi de blocage pour protéger le secret des affaires : celui-ci n'est en principe pas opposable aux autorités publiques agissant dans le cadre de leurs compétences et face à une demande de *discovery* émanant d'une partie privée, le secret des affaires est en tout état de cause invocable en justice. Au-delà de ce tour de passe-passe, M. Bernard Carayon, en formalisant de manière précise et claire les arguments juridiques des détracteurs de la loi de 1968, a eu le mérite d'appeler à une mise au point quant à sa constitutionnalité, voire sa conventionnalité, étant admis qu'une réflexion sur les moyens d'en renforcer l'effectivité s'avère plus que jamais nécessaire.

### Le test de la constitutionnalité et de la conventionnalité

#### La constitutionnalité de la loi « de blocage »

##### Les droits de la défense

50. Le principal reproche fait à la loi de 1968, auquel fait écho le rapport *Carayon*, est qu'elle priverait les entreprises et leurs agents d'exercer leurs droits de la défense en répondant aux demandes de *discovery* de manière à pouvoir écarter les suspicions pesant sur eux. Il est indéniable que les droits de la défense, aujourd'hui fondés sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC), s'imposent dans toute procédure « sans qu'il soit besoin d'en rappeler l'existence »<sup>107</sup>. Ils supposent la possibilité pour les intéressés de présenter leurs observations sur les faits qui leurs sont reprochés<sup>108</sup> et de discuter des conditions dans lesquelles ont été réunies les preuves à l'origine des allégations à leur encontre<sup>109</sup>. Le contrôle du Conseil constitutionnel s'étend à l'effectivité des droits, le Conseil vérifiant si ceux-ci ne se heurtent pas *de facto* à des obstacles juridiques ou matériels. Or, dès lors que des entreprises s'abstenant de répondre à des demandes d'informations sont menacées de sanctions, ne serait-ce que parce que leur silence est assimilé à un acquiescement aux faits allégués, leurs droits de se défendre peut apparaître sérieusement amoindri...

51. Si telle est la situation la plus courante, le raisonnement qui conduirait pour ce motif à censurer la loi de 1968 serait inacceptable. Outre qu'il est paradoxal de reprocher à cette loi de porter atteinte aux droits de la défense qu'elle a pour objet de

préservé en acclimatant le *discovery* dans le cadre des procédures d'entraide, on ne peut subordonner la constitutionnalité d'une loi à l'aune de sa réception par des juridictions étrangères. Que reprocher d'ailleurs à la loi de 1968 si ce n'est de renvoyer à des traités et accords d'entraide, dûment ratifiés et publiés par la France et ainsi introduits dans notre ordonnancement juridique? Certes, pour la Cour suprême des États-Unis, les stipulations de la Convention de La Haye de 1970, tout comme de manière générale les normes de droit international public, ont un caractère « optionnel »<sup>110</sup> et n'ont pas valeur impérative, comme c'est le cas en France en application de l'article 55 de la Constitution. Mais la jurisprudence américaine ne s'impose pas en droit constitutionnel interne.

##### Le droit à un recours effectif au juge

52. Pas plus que l'argument de la violation des droits de la défense, celui de l'atteinte au droit à un recours effectif au juge ne tient sérieusement. Tiré de l'article 16 de la DDHC<sup>111</sup>, ce droit n'est respecté selon une jurisprudence constitutionnelle bien établie que s'il est lui aussi effectif<sup>112</sup>. Mais là encore, peut-on dire qu'il y est fait obstacle parce que des juridictions étrangères refusent d'appliquer la loi française de blocage? Répondre positivement serait encore faire dépendre la constitutionnalité d'une loi des solutions apportées par des décisions juridictionnelles étrangères au conflit entre notre législation et leur législation nationale. Si l'on considère cette fois-ci le droit au recours, non pas tel qu'il est ménagé dans d'autres systèmes juridictionnels, mais en France, rien n'empêche les personnes requises de répondre à une demande de *discovery* de poursuivre devant la justice pénale, en application de l'article 3 de la loi de 1968, les parties privées qui recherchent des preuves en infraction à la loi sans passer par les procédures d'entraide. Les entreprises se gardent de le faire par crainte de représailles. Mais cette considération est étrangère au problème de la constitutionnalité de la loi.

53. C'est donc par une curieuse inversion des rôles que la loi de 1968 est accusée de priver ceux à qui elle s'adresse d'accéder au juge pour défendre leurs droits, alors qu'elle tend au contraire à préserver cet accès. Un exemple en est donné par l'article 744 du code de procédure civile qui confère au ministère public le soin de « s'assurer du respect des principes directeurs du procès dans l'exécution des commissions rogatoires » et qui donne la possibilité soit au ministère public, soit à la partie intéressée de « demander au juge commis d'annuler les mesures qu'il a prises ou d'annuler les actes constatant l'exécution de la commission rogatoire ». Un autre exemple est celui de la décision du tribunal

(106) P. Grosdidier, Attorney, Haynes and Boone, LLP « *The French Blocking Statute, the Hague Evidence Convention and the case law: lessons for French parties responding to American discovery* », 31 janv. 2014, p. 32.

(107) Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, consid. 32, AJDA 1997. 524, note F. Julien-Laferrrière; D. 1999. 237, obs. F. Mélin-Soucramanien.

(108) Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel, consid. 29.

(109) Cons. const., 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *Mme Elise A. et autres*, sur la garde à vue, consid. 28, D. 2011. 3034, note H. Matsopoulou; *ibid.* 3005, point de vue E. Vergès; *ibid.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinet; AJ pénal 2012. 102, obs. J.-B. Perrier; RSC 2012. 185, obs. J. Danet; *ibid.* 217, obs. B. de Lamy.

(110) Cour suprême des États-Unis, 15 juin 1987, *Société nationale industrielle Aérospatiale*, préc.

(111) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, consid. 83, AJDA 1996. 371, note O. Schrameck; D. 1998. 156, obs. J. Trémeau; *ibid.* 145, obs. J.-C. Car; *ibid.* 147, obs. A. Roux; *ibid.* 153, obs. T. S. Renoux; RFDA 1997. 1, étude F. Moderne; Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, AJDA 2008. 714, note P. Jan; D. 2008. 1359, chron. Y. Mayaud; *ibid.* 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay; *ibid.* 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail; Constitutions 2010. 235, obs. M. Disant; RSC 2008. 731, note C. Lazerges; *ibid.* 2009. 166, obs. B. de Lamy.

(112) Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, *Association Vivraviry*, consid. 4, AJDA 2011. 1228; D. 2011. 1942, note O. Le Bot; *ibid.* 2694, obs. F. G. Trébulle; RDI 2011. 465, obs. P. Soler-Couteaux; Constitutions 2011. 577, chron. A. Faro.

de commerce de Paris du 20 juillet 2005 <sup>113</sup> qui, à propos d'une ordonnance du juge du tribunal du district sud de New York, a rappelé le caractère « d'ordre public économique et financier » des règles de l'article 1<sup>er bis</sup> de la loi de 1968 tout en soulignant que la mise en œuvre de la Convention de La Haye « aurait permis au juge français d'exercer un contrôle de légalité de la mesure litigieuse au regard de l'ordre public français ». Cette motivation confirme bien que la loi de 1968, lorsqu'elle renvoie à l'entraide judiciaire, loin de porter atteinte au droit à un recours effectif au juge, a vocation à en garantir l'effectivité. La question peut se poser en ce qui concerne l'entraide administrative qui ne fait pas intervenir l'autorité judiciaire. L'absence de contrôle des autorités judiciaires sur la mise en œuvre des mesures d'entraide administrative est une question sérieuse, mais elle concerne cette particularité de l'entraide administrative et non la loi de 1968 elle-même.

*Le principe de légalité des délits et des peines*

54. En faisant valoir que la loi de 1968 est contraire au principe de la légalité des délits et des peines, le rapport *Carayon* <sup>114</sup> évoque certaines décisions des juridictions américaines critiquant la portée trop « large et vague » de la loi <sup>115</sup>. Dès lors que la loi est pénale, l'article 8 de la DDHC et l'article 34 de la Constitution imposent effectivement au législateur de définir les infractions sanctionnant sa violation « en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines » <sup>116</sup> et « éviter une rigueur non nécessaire » <sup>117</sup>. Outre que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement <sup>118</sup> » et que le législateur dispose donc d'une large faculté d'apprécier l'opportunité de créer de nouvelles incriminations pénales <sup>119</sup>, on ne voit pas cependant en quoi la pénalisation du non-respect de certaines procédures organisant la transmission de preuves à l'étranger serait ici inconstitutionnelle.

55. Si la loi par ailleurs couvre un large spectre de documents, c'est dans la logique même de sa nature procédurale et s'explique en outre amplement par le champ des demandes de *discovery* qui portent en général sur une masse de documents, souvent non spécifiés. La formule de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1968 telle que modifiée en 1980, qui confie à l'autorité administrative le soin « en tant que de besoin » de préciser « 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 » est maladroite, d'autant que les infractions sont punies d'une peine d'emprisonnement. Mais il est possible de considérer, en

se reportant aux débats parlementaires, que cette curiosité de rédaction ne touche pas à la définition de l'infraction. En 1968, la volonté du législateur était de confier au ministre chargé de la marine marchande le soin de garder secrets tous les documents « relatifs aux transports par mer », tels que ceux concernant les conférences maritimes, devant être définis par arrêté <sup>120</sup>; ce qui était problématique au regard du principe de la légalité des délits. Mais il s'agissait – les lois étrangères de l'époque étaient semblables – de contrer une enquête de concurrence américaine dans le secteur du commerce maritime. En 1980, la logique a changé: il ne s'agit plus de faire échec à des enquêtes de concurrence, mais de préserver des garanties dans le cadre d'investigations internationales, quelles qu'elles soient, et surtout du *discovery*. Ce qui explique l'ajout de l'article 1<sup>er bis</sup>, mais aussi les modifications à l'article 1<sup>er</sup> interdisant toute communication de documents et renseignements « de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public », ce qui correspond aux motifs traditionnels de refus d'entraide. Le renvoi « en tant que de besoin » à l'autorité administrative pour préciser la nature de certains documents exclus d'une telle communication est certainement inopportun, mais il ne conditionne pas l'application de la loi <sup>121</sup>.

56. Quant à la détermination des auteurs de l'infraction, elle est suffisamment précise, que ce soit à l'article 1<sup>er bis</sup> qui vise « toute personne » demandant ou recherchant des documents *via* la procédure de *discovery*, ou encore les communiquant directement selon cette procédure, ou à l'article 1<sup>er</sup> dont l'interdit s'adresse aux Français, aux personnes résidant habituellement en France ainsi qu'aux étrangers ayant la qualité de « dirigeant, représentant, agent ou préposé » d'une entreprise ayant son siège en France. Ces dernières notions, connues du droit des sociétés et du droit du travail, se retrouvent déjà dans plusieurs articles du code pénal. Elles sont plus spécifiques que le concept de « personne exerçant le contrôle » d'une entreprise, que le Conseil constitutionnel avait par exemple trouvé suffisant pour déterminer les auteurs d'infractions à la loi de 1984 sur les entreprises de presse <sup>122</sup>.

57. En définitive, on peut fort bien admettre que les incriminations de l'article 3 de la loi de 1968 sont difficiles à mettre en œuvre. C'est évident, une entreprise hésitera plus d'une fois avant de poursuivre un avocat lui ayant adressé de l'étranger une demande de *discovery*! Toutefois, une loi peut sembler insuffisamment efficace, elle n'en est pas pour autant de ce fait entachée d'inconstitutionnalité.

(113) T. com. Paris, 20 juill. 2005, RG. 2005044060, JurisData n° 2005-288978.

(114) V., p. 48 du rapport n° 4159 préc. de M. Carayon.

(115) *Rich contre KIS California Inc*, 121 F.R.D. 254 (M.D.N.C. du 22 juin 1988) at 258.

(116) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Loi Sécurité et liberté*, consid. 7.

(117) Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC, *Lois de finances rectificatives pour 2012 (III)*, consid. 7.

(118) Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, *M. Jeremy M.*, consid. 4, D. 2012. 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin; AJ pénal 2012. 96, obs. J.-P. Céré; RSC 2012. 131, obs. E. Fortis; *ibid.* 221, obs. B. de Lamy.

(119) *Ibid.*

(120) Arrêté relatif à l'interdiction de la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime du 6 janv. 1969, paru au JORF du 16 janv. 1969, p. 544.

(121) Lors des débats à l'Assemblée nationale du mardi 24 juin 1980 (JORF AN. n° 49 du 25 juin 1980 p. 2234), le rapporteur du texte, M. A. Mayoud relève qu'il « est apparu logique, en effet, de définir, dans le texte de la loi, quels documents ou renseignements ne pourront être communiqués puis de renvoyer à des textes d'application, pris en tant que de besoin, les précisions qui pourront paraître utiles à l'autorité administrative ». Au Sénat, lors des débats de deuxième lecture le lundi 30 juin 1980 (JORF S. n° 67 du 1<sup>er</sup> juill. 1980, p. 3386) M. M. Chauty note que « les renseignements seraient précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin. Ainsi la loi pourra-t-elle, si nécessaire, entrer en application dès sa publication ».

(122) Cons. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, consid. 7 à 9.

### La conventionnalité de la loi « de blocage »

*L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme à la loi « de blocage »*

58. Si la question de la constitutionnalité de la loi ne devrait pas soulever de considérables difficultés, la question de sa conventionnalité est plus complexe. À la différence du contrôle de constitutionnalité en France, dont le caractère abstrait ne s'est pas démenti en dépit de l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme a une approche beaucoup plus concrète. Elle s'attache à ce que les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) ne soient « pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>123</sup>.

59. Or l'applicabilité *ratione personae* de la Convention est indubitable s'agissant de droits et obligations mis en œuvre en France et son applicabilité *ratione loci* n'est pas non plus contestable. Rappelons qu'il est de jurisprudence établie, depuis la fameuse affaire *Soering*<sup>124</sup>, que la responsabilité des États parties à la Convention peut être engagée à raison des effets que leurs décisions peuvent entraîner dans un État tiers. Dans l'affaire *Pellegrini*<sup>125</sup>, la Cour a condamné l'Italie pour violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention sur le procès équitable pour avoir donné effet, *via l'exequatur*, à des jugements de tribunaux d'un État tiers ne respectant pas les garanties prévues par cet article. Les États parties restent donc tenus de leurs obligations au regard de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les procédures suivies dans un pays tiers. La Cour de cassation ne dit pas autre chose dans son arrêt du 16 mars 1999, elle estime que le droit au recours effectif à un juge relève de l'ordre public international et qu'il y a lieu de casser l'arrêt d'une cour d'appel ayant accordé l'*exequatur* à une décision étrangère prise en méconnaissance de cette Convention<sup>126</sup>.

#### Le droit à un procès équitable

60. Si la question de l'inconventionnalité de la loi de 1968 est ainsi recevable, serait-elle fondée? L'État français, en négligeant d'en mettre en œuvre les dispositions pénales (à l'exception notable de l'arrêt de la Cour de cassation de 2007 précité), a-t-il failli à l'obligation positive qui lui incombait de leur donner toute leur force? On peut s'interroger notamment sur la raison pour laquelle la loi de 1968 n'a jamais été codifiée, alors que les stipulations de la Convention de La Haye de 1970 l'ont dûment été aux articles 736 à 748 du code de procédure civile et que l'entraide pénale est régie par les articles 694 et suivants du code de procédure pénale? On peut également se demander pourquoi, en France, alors que le ministre de la justice peut définir des orientations générales de politique pénale, il s'est abstenu de sensibiliser les parquets aux intérêts publics que la loi tend à sauvegarder. De

même, le ministre des affaires étrangères, apparemment soucieux de ne pas mêler l'État à des litiges internationaux privés pour le préserver d'une mise en cause de sa responsabilité, semble parfois réticent lorsqu'il est saisi en application de son article 2.

61. La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, issue de l'arrêt *Aérospatiale* de 1987<sup>127</sup>, témoigne de l'impact qu'a eu cette inertie sur la jurisprudence des cours étrangères. Dès lors, il n'est pas possible d'écarter *a priori* tout questionnement relatif à la conventionnalité de la loi, en particulier au regard du « juste équilibre »<sup>128</sup> que toute législation doit ménager entre les obligations qu'elle impose et les garanties fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme. Car si la Cour de Strasbourg « n'a [...] pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines sortes d'éléments de preuve »<sup>129</sup>, en revanche, elle est habilitée à « examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble »<sup>130</sup>. Ce « juste équilibre » est-il donc rompu du fait qu'en l'absence de réponse d'une entreprise à un *discovery*, le bénéfice du contradictoire lui est dénié, son silence étant retenu comme élément à charge? Plus précisément, résulte-t-il de l'attitude des juridictions étrangères sur la loi de 1968 « une rupture du principe d'égalité des armes, corollaire classique du droit à un procès équitable »<sup>131</sup>? La jurisprudence américaine, initiée par l'arrêt *Aérospatiale*, est-elle enfin susceptible de faire échec à « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>132</sup>?

62. En pratique, ces questions sont pertinentes. Mais en droit, ce sont plutôt les juridictions étrangères qui devraient se les poser. La Cour de Strasbourg ne devrait pas entériner une méthode d'obtention de preuves ne respectant pas les droits fondamentaux qu'elle garantit par sa jurisprudence. Si rupture de l'égalité des armes entre parties il y a, cela ne résulte pas des lois de blocage, mais de la procédure de *discovery* telle qu'elle est trop souvent mise en œuvre.

### Loi bouclier ou outil de négociation?

63. Ce serait cependant faire preuve d'aveuglement que de ne pas voir que le manque d'effectivité de la loi de 1968 est en soi un problème. Elle est la traduction d'une culture française portée sur les effets d'annonce, plus que sur le souci de garantir l'applicabilité de la loi. Une fois formulée cette considération politique, sur un plan strictement juridique, de même que la tolérance de pratiques illégales n'est pas en droit français créatrice de droits, de même la relative ineffectivité d'une loi n'est pas synonyme d'obsolescence.

(123) CEDH, 21 févr. 1975, n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, Rapport de la commission, 1<sup>er</sup> juin 1973, série B, volume 16, p. 40.

(124) CEDH, 7 juill. 1989, n° 14038/88, *Soering c/ Royaume-Uni*.

(125) CEDH, 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c/ Italie*, AJDA 2001. 1060, chron. J.-F. Flauss; Rev. crit. DIP 2004. 106, note L.-L. Christians; RTD civ. 2001. 986, obs. J.-P. Marguénaud.

(126) Le jugement en question avait mis à la charge d'un demandeur, dont la prétention n'avait même pas été examinée, les frais des défendeurs faute d'avoir versé une caution judiciaire, alors que de par son montant élevé, celle-ci était de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1999, Bull. n° 92, faisant suite à un arrêt semblable du 5 mai 1993, Bull. n° 154.

(127) Cour suprême des États-Unis, 15 juin 1987, *Société nationale industrielle Aérospatiale*, préc.

(128) CEDH, 21 févr. 1986, n° 8793/79, *James et autres c/ Royaume-Uni*, § 36 et § 51.

(129) CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c. Suisse*, § 46.

(130) CEDH, 10 mars 2009, n° 4378/02, *Bykov c. Russie*, § 89.

(131) Y. Le Berre et E. Pataut, « La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond », RDAI 2004. 53.

(132) CEDH, 27 oct. 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, § 33, AJDA 1994. 16, chron. J.-F. Flauss.

64. Reste la réalité économique et juridique qui démontre plus que jamais l'intérêt de la loi de blocage tout en soulignant la nécessité de renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques qui l'invoquent. Pour les entreprises françaises, qui confrontées à des demandes de *discovery* opposent la loi de 1968, la démarche n'est pas aisée car elles peuvent craindre l'effet *boomerang*. Elles ont à faire un arbitrage entre leur souci de se plier à la loi nationale et le risque d'un retour de bâton sous la forme d'une condamnation pour outrage à la justice, sans compter qu'elles peuvent être tenues de verser des indemnités pharaoniques dans l'affaire dont il s'agit.

65. La solution de la proposition de loi *Carayon* n'étant pas la bonne idée, il faut trouver la voie qui évite la confrontation brutale entre les deux extraterritorialités, celle du *discovery* et celle de la loi française qui tend à le rapatrier dans le cadre de l'entraide. Quelle que soit la conciliation à opérer, il n'y a aucune raison de transiger sur les principes qui sont au fondement de la loi de 1968, à savoir le respect de procédures conformes aux garanties de notre droit. La première façon de le rappeler est certainement de renforcer la visibilité de la loi en la codifiant, une intégration dans le code pénal semblant le mieux approprié.

66. Pour renforcer l'effectivité de la loi et partant sa crédibilité, il serait en outre raisonnable d'augmenter le *quantum* de la peine pécuniaire encourue – actuellement 18 000 euros, ou 90 000 euros pour les personnes morales –, un montant dérisoire comparé aux millions ou aux milliards d'euros que risque d'avoir à acquitter une entreprise amenée à transiger avec des autorités ou des plaignants privés, notamment à la suite d'actions collectives.

67. Enfin, l'expérience récente montre qu'il faut pouvoir appuyer le dispositif de la loi de blocage sur notre système judiciaire. Il faut en finir avec l'idée que la loi de 1968 n'est qu'un faux semblant comme le relève une juridiction américaine dans l'affaire *Adidas* en soulignant que : « la genèse de la loi donne de sérieuses indications qu'elle n'a jamais été supposée être appliquée (...) mais plutôt, qu'elle a simplement pour but de donner aux défenseurs des armes tactiques pour pouvoir mieux marchander devant les juridictions étrangères »<sup>133</sup>.

68. La formule adoptée par les Canadiens faisant intervenir le procureur général pour interdire à une entreprise de se soumettre à des mesures étrangères susceptibles de préjudicier aux intérêts commerciaux ou à la souveraineté du pays est une des pistes. Une autre réponse, directement opérationnelle car à droit constant, consisterait à ce que les entreprises puissent officiellement informer le bureau d'entraide civile et commerciale ou le bureau d'entraide pénale du ministère de la justice, selon le cas, afin d'obtenir, si besoin est, une attestation d'applicabilité de la loi. Présentée aux interlocuteurs étrangers de l'entreprise, plaignant privé ou autorité publique, cette attestation témoignerait de ce que la loi est prise au sérieux en France et devrait donc l'être tout autant à l'étranger. Des précédents existent. Les bureaux d'entraide du ministère de la justice ont déjà été amenés à produire de tels certificats qui ont permis de modérer l'ardeur d'autorités étrangères

lorsqu'elles se sont montrées enclines à élargir à l'excès leurs investigations. Le même mécanisme devrait permettre aux autorités de régulation et de supervision françaises de saisir les bureaux d'entraide du ministère de la justice face à des demandes d'entraide administrative semblant rentrer dans le champ des exceptions prévues par les accords, passés avec leurs homologues, relativement à souveraineté de l'État, les intérêts essentiels de la nation ou encore ordre public.

69. Parallèlement, les bureaux d'entraide devraient pouvoir alerter les opérateurs économiques dès réception d'une demande d'entraide les concernant, de manière à ce que ceux-ci puissent faire valoir leur point de vue sur les mesures d'exécution requises, pour éviter notamment la transmission de documents pouvant relever de secrets d'affaires.

70. Ces améliorations ne viendront certainement pas à bout des dérives du *discovery* qui se sont accentuées dans la période récente. Le *discovery* n'a pas à être contesté en soi, chaque type de procédure ayant ses avantages et ses inconvénients. Le remède est moins dans la révision de la loi de blocage que dans la réforme du *discovery* dans les pays, en nombre croissant, qui le pratiquent. Les Britanniques, il y a un quinzaine d'années<sup>134</sup>, ont fait l'effort de revoir les modalités de leur procédure accusatoire sur la base des préconisations de Lord Woolf, *Master of the Rolls*, dans son rapport sur « *L'accès à la justice civile* ». Ce rapport partait du constat que l'une des principales sources de coûts inutiles dans les procédures civiles étaient les *discovery* incontrôlés<sup>135</sup>. La réforme qui s'en est suivie en 1999 place le juge au centre de la procédure d'obtention des preuves. Aujourd'hui, dans certains cas, les parties ont même l'obligation de lui soumettre au préalable un rapport pour, le cas échéant, faire état de la difficulté de réunir certains documents et des coûts induits par le *disclosure* (terme utilisé en Grande-Bretagne en lieu et place de *discovery*), afin que le juge de la mise en état puisse en tirer les conséquences en apportant les restrictions nécessaires.

71. Si le *discovery* était mieux maîtrisé, les tensions avec la procédure française de recherche de preuves s'apaiseraient au moins pour partie. Les excès du *discovery* n'ont au contraire fait que s'aggraver. Le jeu tactique auquel correspond cette procédure profite en effet des facilités offertes par les technologies du numérique (on parle alors de « *e-discovery* »), de sorte que les demandes portent aujourd'hui sur des masses de documents d'une volumétrie gigantesque. La pratique en effet subsiste malgré le contrôle du juge sur la proportionnalité des demandes au regard des enjeux du litige<sup>136</sup>.

72. Aussi les négociateurs du futur accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis devraient avoir la bonne idée de se saisir de cette opportunité pour trouver un terrain d'entente sur les modalités d'usage du *discovery* dans les litiges commerciaux entre les deux espaces économiques. Si en effet un compromis pouvait se dégager, il y a de bonnes chances de penser que les juridictions d'autres États tiers s'y rallieraient.

(133) *Adidas (Canada) Ltd. v. S.S. Seatrain Bennington*, nos 80 Civ. 1911 (PNL), 82 Civ. 0375 (PNL), 1984 WL 423 (S.D.N.Y. 1984). Ce jugement comporte une note de bas de page n° 4 citant le rapport susvisé de M. Mayoud.

(134) Entrée en vigueur des nouvelles règles de procédures le 26 avr. 1999.

(135) Lord Woolf, « *Access to Justice: Final report to the Lord Chancellor on the civil Justice system in England and Wales* » (1996).

(136) Arrêt *Zubulake V. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309, 322 (SDNY 2003).

73. Au sein même de l'Union, il serait tout aussi utile de s'interroger sur une approche commune des exigences requises face à des demandes d'obtention de preuves provenant d'autorités ou de parties privées hors de l'espace judiciaire commun, au regard en particulier des principes de la Charte sur les droits fondamentaux de l'UE qui intègrent les garanties procédurales définies par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

74. On ne peut s'empêcher, en conclusion, de mettre l'accent sur l'asymétrie qui existe entre la vision américaine et la vision européenne et notamment française de l'accès aux preuves. L'attention de nos partenaires américains devrait être attirée sur le « deux poids, deux mesures » que représente l'exigence des juridictions américaines d'un accès quasi illimité aux preuves *via* le *discovery* d'un côté, et la conception extensive qu'ont ces mêmes juridictions de la protection accordée aux documents couverts par le « privilège juridique »<sup>137</sup> et de ce fait inaccessibles aux demandeurs d'un *discovery*. En France, ce privilège est réservé, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Akzo*<sup>138</sup>, aux seuls avocats d'exercice libéral et non aux juristes d'entreprise fussent-ils par ailleurs avocats. N'est-il pas paradoxal que la France se voit reprocher par les États-Unis un accès trop aisé aux informations des entreprises du fait d'un champ d'application trop restreint du « *legal privilege* »,

alors que, dans le même temps, la loi de blocage est stigmatisée pour la protection injustifiée ou excessive qu'elle accorderait aux entreprises confrontées aux procédures de *discovery* américaines? Un article publié en 1999 dans le *Northwestern Journal of International Law and Business* donne la mesure de cette contradiction. L'auteur recommande aux juristes d'entreprises américains, pour que les informations internes à l'entreprise puissent être mieux protégées du *discovery*, d'éviter qu'un litige ne soit confié à des juridictions en France et en Italie, car dans ces deux pays, est-il souligné, la confidentialité des documents juridiques internes aux entreprises n'est pas assurée par le privilège juridique...<sup>139</sup>.

75. Au regard des différences existant entre systèmes juridiques, le droit de la preuve est sans doute l'un des domaines sensibles qui reflètent le plus des identités culturelles qui se sont forgées dans le passé. De ce point de vue, la décision précitée du 21 février 2014 de la Cour de la Chancellerie du Delaware, dans l'affaire *Vivendi*, est encourageante. Elle permet de penser que la loi de blocage, face à la croissance exponentielle des litiges internationaux initiés aux États-Unis, en Chine, au Brésil, en Russie et ailleurs, n'est pas un obstacle au dialogue des cultures juridiques mais doit permettre au contraire de les rapprocher en obligeant à chercher la meilleure façon de régler les conflits de lois procédurales, tout en respectant les traditions des uns et des autres.

(137) Terme désignant la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients; traduction du terme anglais « *Legal professional privilege* ».

(138) CJUE, gde ch., 14 sept. 2010, aff. C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd c/ Commission européenne*, AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat; D. 2010. 2149, et les obs.; *ibid.* 2011. 552, obs. B. Blanchard; RSC 2012. 315, chron. L. Idot; RTD civ. 2010. 814, obs. P. Thery; RTD eur. 2011. 173, chron. L. Coutron; *ibid.* 412, obs. L. Idot.

(139) « *to protect company information from discovery in cross-border contract disputes, in-house counsels should avoid litigation in forums like Italy or France that do not honor the confidentiality of communications between general counsel and corporate employees* » in *Northwestern Journal of International Law and Business*, Fall 1999 (vol.20) Issue 1: "The parameters of the attorney-client privilege for in-house counsel at the international level: Protecting the Company's confidential information" by Joseph Pratt. p. 176.