

## L'INTÉRÊT DE LA LOI DU 26 JUILLET 1968 ET L'OBTENTION DES PREUVES AU NIVEAU INTERNATIONAL : UN REGAIN D'INTÉRÊT

(À propos de CA Nancy, 4 juin 2014)

Contrairement aux dires de ses détracteurs, la loi du 26 juillet 1968, connue sous le nom — impropre — de « loi de blocage », n'est pas lettre morte. Encadrant les communications d'informations à l'étranger dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives, elle s'applique de façon subsidiaire à défaut d'accord d'entraide. De manière à éviter les abus, elle a pour but de réorienter les demandeurs vers la procédure de la commission rogatoire internationale permettant au juge de vérifier si les informations demandées, notamment au titre du *discovery*, sont en lien direct et précis avec l'objet du litige. L'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 4 juin 2014 ici commenté est d'autant plus intéressant qu'il souligne l'apport de cette loi en termes d'exercice des droits de la défense qui procède « naturellement » des garanties attachées à cette procédure.

Le procès fait par certains commentateurs, notamment des avocats internationaux, à la loi improprement appelée « loi de blocage » en France est-il justifié ? Paradoxalement, la question se pose en effet aujourd'hui alors que la loi 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, connaît un regain d'application notable.

À la suite de l'arrêt du 4 juin 2014 de la cour d'appel de Nancy (n° 1335/14) qui a appliqué la loi de 1968 en infirmant une ordonnance de référé du tribunal de commerce d'Épinal, il importe ici de souligner l'actualité de cette loi dont l'utilité est encore renforcée par la multiplication des enquêtes et des contentieux internationaux impliquant des échanges massifs d'informations.

### Des procédures de collecte des preuves très contrastées de part et d'autre de l'Atlantique

La loi de 1968 a été conçue à l'origine pour contrer des pratiques jugées alors intempestives des autorités américaines enquêtant sur des sociétés françaises soupçonnées de participation à des ententes prohibées (1). Sa modification par une nouvelle loi en 1980 (2) a, elle, été principalement motivée par le souci de tirer les conséquences de la ratification par la France de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale. Ce traité, ratifié par dix-sept États dont les États-Unis et auquel ont adhéré quarante et un autres États, vise à résoudre les conflits de lois de procédure qui peuvent naître lorsqu'à l'aube ou au cours d'un procès civil ou commercial, des parties souhaitent accéder à des éléments de preuve détenus par la partie adverse ou un tiers. Cette conciliation s'avère particulièrement nécessaire entre les pays de droit écrit et ceux appartenant au système de la *common law*. Leurs standards juridiques répondent à des traditions très différentes touchant à la conception du droit et au rôle du juge pour régler des litiges.

Dans les pays de *common law*, ce sont essentiellement les parties qui mènent l'instruction ; ce que symbolise aux États-Unis la procédure de *discovery* définie comme « la recherche de preuves par des plaignants privés ou leurs conseils » (3). Or avec la dématérialisation des documents papiers et les possibilités quasiment infinies de stockage de données informatiques, les demandes de *discovery* ont atteint un niveau inégalé. Aux États-Unis, mais aussi dans d'autres pays, l'habitude a été prise par des autorités publiques et des parties privées d'adresser aux entreprises notamment en Europe et en France, des requêtes portant sur des centaines de milliers de documents (courriels, comptes, notes internes, etc.), parfois simplement sur la base de mots-clés (4).

Par contraste avec ces pratiques, en France, c'est le juge — au pénal et au civil — qui dirige l'instruction et qui diligente la collecte des preuves. Il peut le faire éventuellement « *in futurum* », c'est-à-dire lorsqu'une action en justice n'est pas encore déclenchée. Le juge civil se fonde alors sur l'article 145 du Code de procédure civile suivant lequel « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » ; l'article 138 du même code détermine les modalités de collecte des preuves une fois les poursuites engagées en disposant que « si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ». Les dispositions pertinentes du Code de la justice administrative sont les articles R. 532-1 et R. 532-2. Dans aucune de ces dispositions, il n'est question de permettre aux parties d'adresser des requêtes impératives sous peine de sanctions (par exemple, « *contempt of court* ») pour réunir les preuves nécessaires à une plus ou moins hypothétique action en justice (ou à l'engagement d'un processus de transaction).

(1) V. N. Lenoir, « Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité » : RFDA mai-juin 2014, p. 487.

(2) L. n° 80-538, 16 juill. 1980, relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

(3) N. Lenoir, art. préc., in RFDA mai-juin 2014, p. 489.

(4) Selon l'article 1316-1 du Code civil, « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

Notre système de collecte des preuves, qui incarne notre conception du procès équitable, ne peut que revêtir un caractère d'ordre public (5). Car si le juge a pour mission d'encadrer la collecte des preuves, c'est pour veiller à la protection des intérêts essentiels étatiques ou privés que la communication desdites preuves est susceptible de mettre en jeu (6).

### La loi du 26 juillet 1968, un rôle subsidiaire à défaut d'un accord d'entraide

Autant dire qu'une personne morale ou physique sollicitée de communiquer des documents en dehors de la procédure à laquelle renvoie la loi de blocage, en réalité une loi d'aiguillage, ne peut en principe d'elle-même renoncer à l'application de cette loi.

À travers celle-ci, il ne s'agit pas de refuser toute transmission d'informations à l'étranger dans le cadre ou en vue de procédures administratives ou judiciaires, mais de confirmer que cette transmission doit s'effectuer sous contrôle d'un juge *via* une commission rogatoire internationale. Observons à cet égard qu'au Royaume-Uni où il existe une procédure de *disclosure*, similaire à celle du *discovery*, la transmission des preuves doit aussi transiter par un juge chargé de l'homologuer (7).

Au surplus, comme le rappelle la réserve exprimée par la France en 1987 à l'article 23 de la convention de La Haye, si commission rogatoire internationale il y a, encore faut-il que les demandes de documents et renseignements soient « en lien direct et précis avec l'objet du litige ». Les « *fishing expeditions* » — ou pêches aux renseignements — qui se sont systématisées dans la dernière décennie, et qui se concrétisent par des demandes non ciblées d'informations et d'un volume considérable, sont donc bannies. Elles le sont d'autant plus efficacement que c'est au juge, dans le cadre de l'exécution de la commission rogatoire internationale, qu'il revient de s'assurer de l'adéquation entre la demande et le litige en cause, conformément à la convention précitée de La Haye telle que ratifiée par la France (8).

### La loi du 26 juillet 1968, loi d'aiguillage vers la procédure de la commission rogatoire internationale

C'est donc à la lumière du droit international que doit être comprise la loi du 26 juillet 1968. Les deux interdictions qu'elle pose concer-

nant les communications d'informations respectivement à des autorités publiques étrangères et en réponse à des demandes de *discovery* ou assimilées dans le cadre de litiges privés, ne sont qu'un renvoi aux procédures prévues par les accords internationaux auxquels la France est partie en la matière.

L'article premier vise les demandes de transmission d'informations par des autorités publiques étrangères, qu'elles soient administratives comme judiciaires (9). Ces transmissions sont interdites si elles portent sur des documents ou renseignements de diverses natures « 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 ». Ces restrictions n'ont rien d'innovant. Elles sont reprises des réserves habituellement mentionnées dans les conventions d'entraide, judiciaire ou administrative. Par exemple, en matière pénale, l'article 694-4 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 (...) 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 ». L'article premier de la loi de 1968 indique que ses dispositions ne s'appliquent que « sous réserve des traités et accords internationaux », c'est-à-dire lorsqu'il existe une convention d'entraide bilatérale ou multilatérale, régissant les échanges d'information transfrontaliers. Ceci vaut tant pour les conventions classiques d'entraide judiciaire (civile, commerciale et pénale) et administrative (nombreuses dans les domaines fiscal et douanier) que pour les accords directement passés entre autorités de régulation et de supervision. Ces accords, conclus entre autorités de l'Union européenne et leurs homologues des pays tiers sur la base du droit de l'Union, sont le plus souvent des « *memorandums of understanding* », en principe sans valeur contraignante, mais dont la force juridique est bien

[5] Rappelons que selon l'article 6 du Code civil « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

[6] La cour d'appel de Douai a ainsi estimé que n'était pas légalement admissible une mesure qui porterait atteinte à l'intimité de la vie privée [CA Douai, 25 avr. 1991]. À l'inverse, la Cour de cassation a considéré que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions du Code de procédure civile « dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » [Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999, n<sup>o</sup> 95-21934]. Le plus souvent cependant, le juge statue sur la base de l'article 145 du Code de procédure civile prend en compte les intérêts de la protection du secret des affaires [laquelle est en passe d'être expressément consacrée par le législateur, v. ci-après].

[7] V. la partie 31 des « Civil Procedure Rules » [Source : <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31>].

[8] La France, à l'instar d'autres pays, a exprimé une réserve [le 19 janvier 1987] ainsi rédigée : « La déclaration faite par la République française conformément à l'article 23 relatif aux commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de « pre-trial discovery of documents » ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige ».

[9] « 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 ».

réelle (10). Leurs domaines de prédilection sont financiers et comptables. Il s'agit notamment des quelque soixante accords passés par l'Autorité des marchés financiers (AMF) avec des homologues de pays tiers à l'Union européenne, des quelque trente accords du même type conclus par l'Autorité du contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et de l'accord entre le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) avec son homologue américain le Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) (11). Tous ces accords de coopération ont pour fondement le droit de l'Union, plus précisément des directives (12) transposées dans le Code monétaire et financier et le Code de commerce dans des articles qui écartent au demeurant expressément l'application de la loi du 26 juillet 1968 (13).

Ceci souligne le rôle subsidiaire de la loi de blocage qui s'applique à défaut d'accord d'entraide, étant observé qu'il est normal que des échanges d'informations dont certains peuvent être très sensibles soient régis par des règles et procédures convenues en commun. Toutes proportions gardées, on peut comparer la loi de 1968 à celle du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers qui ne s'appliquait qu'en l'absence de traité, pour fixer les conditions générales, la procédure et les effets de l'extradition.

L'article premier bis de la loi de 1968, introduit par la loi susvisée de 1980, concerne la collecte de preuves dans le cadre de litiges privés. L'article indique expressément qu'il ne s'applique également que de façon subsidiaire, soit « sous réserve des traités et accords internationaux ». Il mentionne en outre qu'il ne vaut que « sous réserve des lois et règlements en vigueur ». Cette rédaction est ambiguë, car elle laisse supposer qu'il serait possible de déroger à la loi de blocage par simple décret. Telle n'a pas été l'intention du législateur. D'après les travaux préparatoires de la loi de 1980, il est clair que cette dernière référence visait dans l'esprit du législateur les dispositions du Code de procédure civile (14), laquelle n'est pas en principe du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution. Il s'agissait avant tout de faire écho aux stipulations de la convention de La Haye maintenant reflétées aux articles 736 à 748 de ce code sur les commissions rogatoires en provenance d'un État étranger. L'interdiction édictée à l'article premier bis s'adresse non seulement aux

personnes qui, en France, font l'objet de demandes de *discovery* ou assimilées, mais de même à toutes celles qui, en France ou à l'étranger, adresseraient à une partie ou à un tiers une telle demande ou s'aviseraient de chercher par d'autres biais à se procurer les informations qui les intéressent (15) « en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères » et non pas uniquement « dans le cadre de celles-ci ».

La sanction de la violation de l'obligation de recourir à la commission rogatoire internationale pour communiquer des pièces et renseignements à l'étranger est pénale, l'article 3 fixant les peines encourues à six mois d'emprisonnement et 18 000 € d'amende ; l'amende encourue par les personnes morales s'élevant au quintuple de cette somme en vertu de l'article 131-38 du Code pénal.

L'article 2 énonce une obligation pesant cette fois-ci uniquement sur les personnes saisies d'une demande de communication directe : celle d'informer préalablement le ministre compétent — en l'occurrence le ministre des Affaires étrangères. Cette disposition avait pour but de permettre aux autorités diplomatiques d'ouvrir des discussions avec les autorités étrangères de sorte que puissent se régler amiablement les difficultés soulevées par les demandes de communication d'autorités ou de parties privées étrangères. De manière peu surprenante, l'information du ministre des Affaires étrangères est de nos jours de peu de portée, car ce dernier hésite à interférer dans des litiges qui ne concernent pas directement l'Administration. Le ministre se limite en général à accuser réception de l'information qui lui a été notifiée sans y donner suite. Il ne le fait pas toujours et il n'est pas toujours saisi, la méconnaissance de l'obligation de l'informer de toute demande de *discovery* n'étant en tout état de cause pas assortie de sanctions.

### **L'effectivité relative de la loi et le scepticisme des juridictions étrangères**

Chacun admettra qu'en se bornant à encadrer les transmissions transfrontalières d'informations en les soumettant à la procédure de la commission rogatoire internationale, la loi de 1968 n'a rien de choquant, ni d'illogique. La mise en cause de sa légitimité par les juridictions étrangères, plus particulièrement anglo-saxonnes, n'en

[10] Rappelons qu'au sein de l'Union européenne, cette coopération en matière financière et comptable, en particulier s'agissant d'échanges d'informations, n'est pas optionnelle, mais de droit.

[11] Le PCAOB est en lien étroit avec la Securities and Exchange Commission américaine — la SEC — dont il est une sorte d'émanation.

[12] Dir. n° 2004/39 du Parlement européen et du Conseil, 21 avr. 2004, sur les marchés d'instruments financiers, art. 63 ; dir. n° 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil, 17 mai 2006, concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, art. 47 ; dir. n° 2014/56/UE du Parlement européen et du Conseil, 16 avr. 2014, modifiant la directive n° 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés.

[13] L'article L. 821-5-3 du Code de commerce précise que dans le cadre de sa coopération avec des autorités d'autres États que les États membres de l'Union européenne exerçant des compétences analogues aux siennes, le H3C « est dispensé de l'application des dispositions de la loi 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 ». Des dispositions équivalentes du Code monétaire et financier permettent à l'AMF et à l'ACPR de coopérer avec des autorités étrangères de pays tiers sans que la loi de blocage ne soit applicable (C. mon. fin., art. L. 632-7, L. 632-13, L. 632-15 et L. 632-16).

[14] C'est ce qui ressort du rapport d'A. Mayoud, AN n° 1814, séance du 19 juin 1980 (p. 45), 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 ».

[15] « 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 ».

est que plus illustrative des tensions encore non résolues entre la *common law* et les systèmes de droit écrit qui peuvent naître à l'occasion de procédures internationales.

La crise de légitimité concernant la loi française de blocage a été déclenchée en 1987 par l'arrêt *Aérospatiale* de la Cour suprême des États-Unis (16). La Cour, dans sa décision, ne critique pas en tant que tel le dispositif de la loi de 1968, mais elle l'estime sans effet juridique du fait de l'ineffectivité de cette loi. Cette ineffectivité tient au fait que la loi ne remplit pas le critère du « *hardship* », en ce sens qu'elle n'avait fait l'objet d'aucune application jurisprudentielle, et qu'aucune entreprise ayant communiqué des informations sans passer par une commission rogatoire internationale n'avait jamais été poursuivie, ni même inquiétée. En dépit du fait que les États-Unis sont parties à la convention de La Haye, la Cour n'hésite pas à affirmer que les stipulations de ce traité ne sont qu'optionnelles et doivent, s'il y a lieu, céder le pas devant les intérêts supérieurs des États-Unis. Cette jurisprudence, qui date de près de trente ans, n'a été que rarement infléchie. Toutefois, la partie n'est pas perdue. La loi française est mieux comprise et donc mieux prise en compte par les autorités publiques, sinon même les juridictions, américaines (v. ci-après).

Si outre-Manche, les juridictions demeurent plus sceptiques, il convient d'observer que la jurisprudence ayant écarté l'application de la loi de 1968 ne concerne que des transmissions d'informations entre la France et le Royaume-Uni, par conséquent au sein de l'Union européenne. Quoiqu'il en soit, les cours britanniques rejettent encore en des termes très fermes tous les arguments tirés de la loi de 1968 pour ordonner la production des pièces demandées. L'article paru en 2014 (17) sous la plume de Graeme Halkerston, *barrister* britannique, qui passe en revue la jurisprudence, est instructif. Il montre que le motif pour lequel ces lois ne sont en général pas prises en considération est lié, comme dans la jurisprudence américaine, à l'absence de *hardship*, et au fait que les entreprises à qui sont adressées des demandes de communication d'informations n'encourent *de facto* aucun risque pénal en ne respectant pas la loi. L'approche est similaire tant pour les lois « *offshore* » de certaines îles des Caraïbes et du Pacifique (18) que

pour les lois répondant au modèle européen, auquel se rattache la loi française. Dans tous les cas, le juge fait dépendre l'opposabilité de la loi de son effectivité. Le juge britannique tient compte de deux éléments : il vérifie, d'une part, si en l'enfreignant l'entreprise s'expose à des sanctions et, d'autre part, si elle est de bonne foi. La bonne foi n'est par exemple pas avérée lorsque le défendeur n'a pas cherché à faire exécuter dans les meilleurs délais une commission rogatoire internationale pour permettre une transmission rapide des pièces sollicitées. Ce type de motivation renvoie à la conception suivant laquelle le droit, pour être effectif, doit être « pris au sérieux » en ne restant pas lettre morte (19).

L'intervention en 2007 de l'arrêt *Christopher X* de la Cour de cassation (20) faisant pour la première fois application de la loi de blocage, n'a pas été suffisante pour changer la façon de voir des juges britanniques. Dans une affaire *Elmo Tech Ltd v Guidance Ltd* de 2011 relative à un litige en matière de propriété intellectuelle (21), le juge saisi a en effet ordonné à une société sous contrat avec le ministère français de la Justice de produire directement des pièces tout en écartant l'argument de la loi de blocage. Il a estimé dans cette espèce que cette seule jurisprudence n'augmentait nullement le risque pénal encouru par les sociétés ne respectant pas la loi, ajoutant que la société en cause n'avait pas déployé le moindre effort pour tenter de convaincre le ministère de la Justice de l'autoriser à communiquer les documents demandés. Ce qui revient en quelque sorte à reprocher à un justiciable de ne pas faire pression sur l'Administration pour qu'elle l'autorise à méconnaître une législation en vigueur. On peut également citer deux arrêts de cours d'appel dans des affaires de concurrence — *Servier* (22) et *National Grid* (23) — réaffirmant l'absence de valeur normative de la loi de 1968 (24) et l'inutilité du recours à la commission rogatoire internationale. Cette jurisprudence est révélatrice des différences qui subsistent entre systèmes juridiques dans l'espace judiciaire européen. La question de la coopération en matière d'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union n'est qu'imparfaitement réglée par le règlement n° 1206/2001 sur le sujet (25) et la jurisprudence y afférente (26). Il en

[16] US Supreme Court, *Société nationale industrielle aérospatiale v U.S District Court*, 107 S. Ct. 2542 (1987).

[17] « *English disclosure processes and foreign blocking statutes* », in *Trusts and Trustees*, Oxford University Press.

[18] La loi des Îles Caïmans a été prise comme modèle par les autres entités.

[19] Dans son ouvrage *Prendre le droit au sérieux* (« *Taking Rights Seriously* » publié en 1977, traduit et publié en France aux éditions des PUF en 1995), le fameux théoricien du droit Ronald Dworkin montre combien est importante à cet égard la fonction juridictionnelle.

[20] Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-83228.

[21] [2011] EWHC 98 (Pat) ; [2011] FSR 24 (Lewison J).

[22] *Secretary of State for Health and others v Servier Laboratories Ltd and others* [2012] EWHC 2761 (Ch), [2012] EWHC 3663 (Ch).

[23] *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others* [2013] EWCA Civ 1234.

[24] Les termes utilisés par l'avocat de *National Grid*, le plaignant dans l'action menée contre *Alstom*, vont plus loin que l'appréciation portée dans cette affaire par la Cour qui écarte l'application de la loi de 1968 en l'absence de véritable risque pénal, mais n'exclut pas par principe de le prendre en compte s'il était avéré. Cet avocat, lui, ne laisse aucune chance à la loi française : « The orders were procedural in nature, and were therefore governed by the lex fori, ie the laws of England and Wales. A risk of prosecution in a foreign jurisdiction provides no defence to their making ».

[25] Le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil, 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale est applicable, selon les termes de son article premier, « lorsqu'une juridiction d'un État membre, conformément aux dispositions de sa législation, demande : a) à la juridiction compétente d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction ou b) à procéder directement à un acte d'instruction d'un autre État membre ». Dans cette hypothèse, « la juridiction requise exécute la demande conformément au droit de l'État membre dont cette juridiction relève ». Ce qui veut bien dire que c'est la loi du pays où est exécuté la collecte des preuves qui s'applique.

ressort que ce règlement ne s'applique en effet que dans des hypothèses très particulières. C'est pourquoi il serait opportun qu'une nouvelle réflexion soit menée en Europe de manière à éviter les conflits de procédure qui altèrent le nécessaire dialogue des juges dans l'espace européen.

### **L'arrêt du 4 juin 2014 de la cour d'appel de Nancy, signe du regain d'intérêt pour la loi de 1968**

Dans cette espèce, une société américaine — ArjoWiggins — après avoir cédé en 2011 sa filiale française de fabrication de papier industriel à une société d'origine scandinave installée en France — Munksjö — s'est vu poursuivie par un de ses anciens clients américains devant la justice américaine pour lui avoir vendu entre 2005 et 2008 des produits défectueux. Une procédure de *pre-trial discovery* a été initiée sous l'égide du tribunal du District Est de New York, lequel a enjoint au défendeur de produire des preuves dans le délai impératif de trois mois à échéance du 27 mai 2014.

Forte de ce jugement, la société ArjoWiggins s'est retournée vers la société Munksjö en France pour obtenir communication d'une série impressionnante de documents en tous genres quel que soit leur support (depuis les comptes jusqu'aux notes stratégiques en passant par la description de secrets de fabrication) ; communication qui a été ordonnée par le tribunal de commerce d'Épinal.

Sur appel, la cour de Nancy a infirmé cette ordonnance en retenant une motivation très intéressante par référence à ce qu'est la véritable vocation de la loi de blocage qui est de parer à tout abus du *discovery* en plaçant les demandes de communication transfrontalière d'informations sous le contrôle d'un juge.

La cour semble d'abord faire sien l'argument de la requérante sur le caractère d'ordre public de la loi qui ne peut donc contractuellement être mise à l'écart. La cour confirme par ailleurs l'applicabilité en France de la Convention de La Haye précitée du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, dont la portée est éclairée par la réserve exprimée par la France à l'article 23. La cour fait valoir que la demande de communication adressée à la requérante au titre du *pre-trial discovery* ne répond pas aux exigences de cette réserve qui exclut formellement toute « pêche aux renseignements ».

Enfin et surtout, l'arrêt relève que « l'exercice des droits de la défense de la société ArjoWiggins procède naturellement des garanties attachées aux procédures instaurées par la convention de La Haye

du 18 mars 1970 » ; ce qui est une réponse directe aux détracteurs de la loi de 1968 qui prétendent que cette dernière serait au contraire attentatoire aux droits de la défense, en ne permettant pas aux entreprises mises en cause de communiquer les informations qui leur sont demandées par une partie adverse ou une autorité publique étrangère. Jamais une juridiction française n'avait aussi nettement affirmé la finalité protectrice de la loi de 1968.

Si l'on se réfère à la hiérarchie des normes, l'arrêt ne fait en réalité rien moins que de respecter le principe de la primauté des traités à la base de l'ordre juridique français et européen. Ce principe, constamment réaffirmé par les cours et tribunaux au niveau national (27) et de l'Union, ne permet pas d'écarter le dispositif d'obtention des preuves prévu par les traités et accords internationaux auquel renvoie la loi de blocage (28).

Ce qui paraît de mieux en mieux compris par les juridictions et les autorités américaines. Il en est deux exemples, l'un relatif aux transactions conclues entre l'Administration américaine et certaines entreprises françaises ; l'autre concernant des litiges portés devant les tribunaux américains. Premièrement, certaines entreprises françaises, sanctionnées pour des faits de corruption par le département de la Justice américain, ont dû accepter d'accueillir pour quelques années en leur sein un « moniteur », personnalité indépendante chargée de suivre l'activité de l'entreprise et de veiller à ce qu'elle respecte les exigences posées dans la transaction.

Des rapports d'information établis par le moniteur doivent être transmis régulièrement aux autorités américaines. La loi de blocage a dans cette hypothèse permis de faire accepter par ces autorités que les informations contenues dans ces rapports transitent par l'Administration française, au lieu d'être transmises directement.

Dans l'esprit de l'article premier de la loi de blocage, les autorités françaises sont le cas échéant en mesure de s'assurer que la communication des informations considérées ne porte pas atteinte à des intérêts essentiels et au besoin s'opposer à la transmission de certaines données. Le second exemple est celui de l'arrêt de la Cour de la Chancellerie du Delaware du 21 février 2014 (29) qui marque une amélioration dans la compréhension par le juge américain de ce que représente la loi de 1968 dans le système juridique français (30).

Cette Cour, dont la notoriété est forte aux États-Unis, a admis que son intérêt de voir exécuter une demande de *discovery* se heurtait à l'intérêt de la France à voir sa procédure de commission rogatoire

[26] V. notamment CJUE, *ProRail BV*, 21 févr. 2013, n° C-332/11.

[27] C'est ce principe qui a ouvert la voie au contrôle de conventionnalité : pour le Conseil constitutionnel, en effet, si le contrôle de la supériorité des traités par rapport aux lois ne peut être effectué dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il doit être effectué par les juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation et du Conseil d'État (CE, 3 sept. 1986, n° 86-216 DC – CE, 29 déc. 1989, n° 89-268 DC).

[28] À noter que l'État peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'un préjudice est causé par la méconnaissance par l'Administration du droit international public ; V. CE, 8 févr. 2007, *Gardedieu* : RFDA mai-avr. 2007, p. 361, concl. et rapp. publ. L. Derepas.

[29] Cons. CA n° 8885-VLC (Del. Ch. Feb. 21, 2014).

[30] V. pour le commentaire de cet arrêt, N. Lenoir, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : l'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis » : LPA 4 juin 2014.

internationale mise en œuvre tout en fixant des délais impératifs relativement courts à son aboutissement.

C'est dans ce contexte que la proposition de loi présentée par Jean-Jacques Urvoas, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, et les membres du groupe socialiste sur la protection du secret des affaires (31) confirme expressément la valeur de la loi de 1968, ce qui n'exclut pas une modernisation de sa rédaction. Une

fois le texte adopté, il restera à mieux expliquer le dispositif de cette loi à la communauté juridique internationale.

*Noëlle LENOIR*

*Partner*

*Kramer Leven Naftalis & Frankel LLP*

*Ancienne ministre*

(31) Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, n° 2139, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014.

# ABONNEZ-VOUS !

## PETITES AFFICHES

### Formules d'abonnement

version papier, 260 NUMÉROS DE LA REVUE  
FRANCE 91,67 €HT\* (110 €TTC) | UE 295 €HT\* | AUTRE 595 €HT\*

version EN LIGNE, un accès illimité pendant un an à tous les articles du journal parus depuis 1993  
FRANCE 185 €HT\* (222 €TTC) | ÉTRANGER 185 €HT\*

version en ligne + papier  
FRANCE 196,19 €HT\* (235,79 €TTC) | UE 399 €HT\* | AUTRE 699 €HT\*

version papier + cd-rom (l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 11 ans)  
FRANCE 193,14 €HT\* (231,77 €TTC) | UE 395 €HT\* | AUTRE 695 €HT\*

version papier + en ligne + cd-rom  
FRANCE 280,94 €HT\* (337,13 €TTC) | UE 500 €HT\* | AUTRE 800 €HT\*

\* Tarifs 2014

Informations :  
01 40 93 40 40  
ou sur :  
[www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com)



Petites affiches

lextenso éditions

Retrouvez les Petites affiches sur

