

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique

Lawfare Law Review

Nº 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélie BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDRE, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participés Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



*TEUTATES [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

1. Après le rapport Gauvain, la nécessaire protection des secrets d'affaires des sociétés françaises dans un cadre de guerre économique et la « loi de blocage ». « *Les Etats-Unis d'Amérique ont entraîné le monde dans l'ère du protectionnisme judiciaire. Alors que la règle de droit a, de tout temps, servi d'instrument de régulation, elle est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les Etats-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe* »¹. Dans son rapport au Premier ministre du 26 juin 2019, Raphaël Gauvain soulignait l'importance d'une protection accrue des entreprises européennes face à l'arsenal judiciaire utilisé par les entreprises américaines dans le cadre de la guerre économique internationale. Le secret des affaires, substrat de la valeur des entreprises, est en effet mis en danger par les nombreuses procédures de *discovery* intentées contre des sociétés françaises et européennes. Cette procédure, régie par la règle 26 des *Federal Rules of Civil Procedures* aux Etats-Unis et répandue dans les systèmes juridiques anglo-saxons, permet de demander à une partie de « *produire tous les documents y compris ceux qui lui seraient défavorables ou éloignés du litige* », et cela « *sans contrôle approfondi du juge* »². C'est par cet intermédiaire que depuis plus de cinquante ans, les sociétés états-uniennes obtiennent régulièrement des informations stratégiques à leur concurrentes, alors même que ces dernières ne sont pas strictement nécessaires à la résolution du litige³. En réaction, le législateur français a souhaité doter ses entreprises d'un moyen effectif pour lutter contre ces demandes abusives de production de pièces.

Dès 1968, une loi dite « de blocage » a été mise en place dans le but de protéger les entreprises maritimes contre les demandes des autorités administratives étrangères (loi n°68-678 du 26 juillet 1968). En parallèle de cet effort interne, une tentative de coordination internationale visant à faciliter l'échange de pièces entre pays de tradition romano-germanique et de *common law*, a conduit à la signature de la convention de La Haye du

¹ R. Gauvain (dir.), *Rétablissement la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger les entreprises françaises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapp. Ass. Nat., 26 juin 2019.

² W.Baker et P. de Fontbressin, « La procédure américaine de « *discovery* » et « *prediscovery disclosure* » , *Gaz. Pal.* 1995, p. 1.

³ K. et A. Weissberg, « La protection du « *secret des affaires* » des sociétés françaises face aux procédures de *discovery* américaines », *Les Petites affiches* 8 juin 2017, p. 14.

18 mars 1970. L'article article 23 de cette convention permettait à tout signataire de refuser l'exécution automatique de la procédure de *discovery*, en subordonnant sa mise en œuvre à un examen préalable par une autorité publique du pays destinataire de la commission rogatoire internationale. Cette convention s'est vue appuyée par un élargissement, en 1980, du champ d'application de la loi de blocage nationale⁴, s'appliquant désormais à toute entreprise française à qui serait demandée une information dont la communication serait de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public.

En dépit de ces tentatives, les lois et conventions n'ont pas produit les effets escomptés. Cet échec tient à deux raisons principales. La première est l'inanité de l'application de la loi française, qui vise paradoxalement à protéger les entreprises françaises en sanctionnant celle qui communique une telle information à une autorité étrangère sans autorisation mais n'a été appliquée qu'une seule fois en 2007⁵. La seconde raison provient de l'arrêt du 14 janvier 1987 rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans cette affaire *Aérospatiale*, la Cour a qualifié la procédure prévue par la loi de blocage, via la convention de La Haye, de « *supplément permissif et non d'une solution préemptive de remplacement* »⁶, n'obligant en rien les Etats signataires à passer par cette commission rogatoire internationale pour obtenir des pièces. Le juge américain procédant lui-même à une mise en balance des intérêts des parties lors d'un « *comity test* », pouvait s'abstenir de respecter les contraintes procédurales étrangères sans pour autant porter atteinte aux droits de la partie étrangère. A cette occasion, le juge américain a justement relevé que la loi de blocage française n'était pas appliquée en pratique, et que les entreprises ne pouvaient donc l'invoquer pour justifier leur refus d'accéder à la demande de production de documents. Cette solution a été maintes fois réitérée, et ne cesse de tenir en échec l'application de la Convention de La Haye et de la loi de blocage. Plus récemment, l'Union européenne a tenté d'instaurer une protection coordonnée du secret des affaires entre les différents Etats membres, par l'intermédiaire de la directive 2016/943. Si cette directive semble permettre une protection effective du secret d'affaires, en posant une définition précise de celui-ci et en remédiant aux éventuelles atteintes qui

⁴ Loi du 17 juillet 1980 modifiant la loi du 26 juillet 1968 dite « loi de blocage ».

⁵ Cass. Crim, 12 décembre 2007, n°07-83.228

⁶ « *Permissive supplement, not a pre-emptive replacement* », Cour suprême des Etats-Unis, arrêt *Aérospatiale*, 14 janvier 1987.

lui seraient portées, on peut lui reprocher d'avoir laissé de côté la problématique du blocage des procédures étrangères mises en œuvre à l'encontre d'entreprises européennes. Son article 9 impose certes aux autorités des Etats membres de veiller à ce que les parties à une procédure « *ne soient pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué que les autorités judiciaires compétentes ont, en réponse à la demande dûment motivée d'une partie intéressée, qualifié de confidentiel* », mais limite cette obligation aux seules procédures relatives « *à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires* ». Or, l'accès abusif à des secrets d'affaire par la mise en œuvre de la procédure de *discovery* a généralement lieu dans le cadre de procédures judiciaires qui n'ont pas directement trait à une atteinte au secret des affaires. En ratant cette opportunité de créer un processus de blocage uniformisé, et en laissant ce processus à la merci d'une convention internationale inappliquée, l'Union européenne a échoué à faire bloc dans l'instauration d'un rapport de force suffisant pour obtenir des concessions de la part des autorités américaines.

La vulnérabilité patente des entreprises françaises découle ainsi directement des lacunes de notre droit, comme le relève le rapport Gauvain⁷. Ce dernier propose en conséquence de moderniser les lois de 1968 et 1980, en renforçant l'identification et l'accompagnement des entreprises sujettes à des procédures de *discovery*, et en augmentant la sanction pouvant leur être infligée en cas de révélation d'une information protégée. L'effectivité de la sanction étrangère constituant l'un des critères du *comity test*, une mise en œuvre plus stricte de la loi de blocage, permettrait d'inciter le juge américain à accueillir plus favorablement les refus de production de pièces des sociétés françaises, leur permettant de protéger leurs secrets d'affaires avec davantage d'efficacité. Cette protection nationale ne peut se passer d'un renfort européen, car la possibilité de faire respecter un droit national à l'étranger découle directement du rapport de force entre les Etats concernés. Le pouvoir d'une telle alliance européenne permettrait donc, à défaut de mettre à disposition de ses entreprises des armes comparables à la procédure de *discovery*, de leur offrir *a minima* la protection d'un bouclier solide.

Dans le même temps, et principalement en réponse à la question de l'extraterritorialité des lois américaines à l'encontre d'entreprises européennes, l'Union européenne a adopté le règlement délégué 2018/1101

⁷ R. Gauvain, (dir.), *Rétablissement la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger les entreprises françaises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc.

du 3 août 2018, modifiant l'annexe du règlement 2271/96 du 22 novembre 1996 dit « loi de blocage européenne »⁸, « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant ». Le Règlement a pour objectif de faire obstacle à l'exécution et à la reconnaissance de décisions étrangères fondées sur une législation extraterritoriale visée en annexe (art. 4), et d'interdire aux entreprises situées sur le territoire de l'Union européenne de se conformer à ces législations ou à toute injonction administrative ou judiciaire (art. 5). Une action en recouvrement est par ailleurs ouverte aux personnes qui auraient subi un dommage du fait de l'application des lois visées (art. 6).

Réponse minimaliste, à ceci près que, l'annexe contenant la liste des législations extraterritoriales a été actualisée (*a minima* sans viser toutes les règles américaines) notamment pour tenir compte de la décision du gouvernement américain de se retirer de l'accord sur le nucléaire iranien et d'imposer à nouveau des sanctions à l'encontre de l'Iran, sous la forme de dispositifs extraterritoriaux, dont les effets se font déjà sentir chez les entreprises qui s'étaient investies en Iran, à la suite de cet accord, malgré cette modification. On voit là, d'ailleurs, le dilemme de ces entreprises, entre le risque de perdre l'accès au marché, lato sensu, américain et la poursuite des entreprises en Iran, laissant la voie libre à des entreprises (chinoises) qui ne craignent pas (encore ?) l'extraterritorialité des règles américaines.

K. Favre, J. Quidu-Tudela et D. Mainguy

⁸ Comp. E. Carpano, « Une loi de blocage pour quoi faire ? », D. 2018, p. 2102, A. Hervé, « L'Union confrontée à la législation extraterritoriale américaine. Une réponse symbolique mais toujours aussi peu efficace », RTD eur. 2019, p. 143. Adde M. Audit, S. Bollée et P. Callé, Droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ, 2^e éd., 2016, sp. n° 108

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatê̄s]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

