

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 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>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



**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 :

Aurélien 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. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé 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 [toetâtês]. 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 messenger 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 »).

3. « 5 G » et sécurité, L'affaire « Huawei » : d'un conflit sino-américain à la loi n° 2019-810 du 3 août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles. voué à s'étendre géographiquement. La question de la sécurité nationale passe par celle de la cybersécurité, notamment la sécurité des communications. Depuis l'apparition puis la généralisation de l'Internet et son amplification par les smartphones, on assiste à une compétition voisine de celle connue en matière d'ordinateurs : les logiciels impliquent des puissances de calcul de plus en plus importantes qui justifient des logiciels plus puissants, etc. En matière de télécommunication, les appareils connectés, de plus en plus nombreux, justifient des réseaux de plus en plus complexes impliquant des temps de latence plus faibles, des téléchargements de fichiers de plus en plus lourds, etc. Le passage à la « 5 G » a pour vocation de multiplier par 10 les débits, à travers de nouvelles méthodes techniques, qui supposent, outre le contrôle des attributions de fréquences par l'Arcep de modifier les règles en matière de télécommunication. Outre la vitesse, le réseau 5G utilise des bandes de fréquences millimétriques, en Ghz, permettant de franchir moins bien les obstacles physiques (murs, arbres, etc.) que la « 4G » située dans la bande des 700 Mhz, donc le déploiement d'antennes en plus grand nombre, mais une dépense énergétique moindre, et la capacité d'utiliser le *cloud* pour un usage décentralisé et virtualisé en périphérie de réseau via une révolution technologique, très utile pour les objets connectés, le tout pour un lancement en France courant 2020 dans au moins une grande ville, les principaux axes couverts en 2025 et celle des deux tiers de la population en 2030, à supposer qu'une nouvelle révolution technologique ne vienne pas tout bouleverser.

L'enjeu est donc moins la vitesse de communication que la possibilité que de très nombreux objets soient connectés et « communiquent » entre eux, notamment dans le secteur des transports, médical, de l'industrie, de la distribution sans doute, des loisirs, etc., et donc trois sous-questions majeures apparaissent. La première est technique, c'est celle de la permanence de la connexion 5G : on imagine le drame d'une rupture, ne serait-ce qu'un instant de raison, dans un réseau de véhicules autonomes par exemple. Il s'agit alors de prioriser les fonctions du réseau et d'offrir un niveau de disponibilité selon les utilisations, du véhicule autonome au

smartphone. Les deux suivants impliquent des questions de sécurité proprement dits. La 5G permet en effet, à travers diverses innovations techniques, de décentraliser des fonctions vers la périphérie, de manière virtuelle. En clair, il n'y a aura plus de bouton « stop » : au contraire, l'association objet-logiciel-réseau implique, presque mécaniquement, l'apparition de faille de sécurité, à partir des logiciels des objets connectés, permettant, outre la prise du contrôle de l'objet par un tiers malveillant, celle du réseau, ou plutôt des réseaux multiples. Deux difficultés alors, la première, en termes de sécurité immédiate contre les ingérences et l'autre, en termes médiats, à partir du moment où l'utilisation généralisée de la 5G offre des éléments de vulnérabilité à l'échelle d'un Etat, dès lors qu'un autre Etat ou une organisation criminelle dispose de la faculté technique d'avoir une influence sur son réseau 5G.

Depuis le mois de mai 2019, les Etats-Unis ont décidé de mettre en place un embargo contre Pékin et sa fameuse marque multimédia « *Huawei Technologies Co. Ltd.* » en réinstaurant les discussions autour du « décret Trump ». Cette situation semble être vouée à s'inscrire dans la durée, comme en témoigne les dernières interventions du président américain¹. En effet, alors que le 19 mai, date d'anniversaire du début de l'embargo, approchait, le Président des Etats-Unis, Donald Trump, a laissé sous-entendre que la situation durerait, a minima, jusqu'en mai 2021. De ce climat de tension, plusieurs temps se distinguent. Avant de rendre compte des conséquences de l'embargo, il semble nécessaire d'en exposer les origines (I) et les conséquences (II). Plus récemment, le législateur français s'est également positionné sur ce domaine en adoptant une loi « *anti Huawei* » (III).

1. Les origines du conflit. L'embargo mis en place par les Etats-Unis à l'encontre de *Huawei* s'explique, en réalité, par trois causes corrélatives. La première, et la plus importante, repose sur le fait que les Etats-Unis doivent faire face à une montée en puissance de la Chine sur le plan de l'économie internationale. Pour freiner l'« usine du monde » et ses lubies de devenir leader des technologies, Donald Trump a fait le choix de sanctionner la firme chinoise « *Huawei* ». Considéré comme un des premiers concurrents de la firme de Cupertino, « Apple », le fabricant de multimédia chinois représente, à lui seul, un chiffre d'affaires de 850 milliards de yuans, soit environ de 111 milliards d'euros pour la seule

¹ C. Gartenberg, « *Donald Trump extends Huawei ban through May 2021* », The Verge, 13 mai 2020.

année 2019². Cette somme permet au groupe chinois de connaître une croissance impressionnante de 18 % pour le dernier exercice social. Notons toutefois que l'embargo imposé par la Maison Blanche concerne principalement les entreprises américaines, ce qui est assez étonnant lorsque l'on constate que le marché de prédilection pour les ventes de la firme chinoise se cantonne essentiellement à l'Europe et à l'Asie, les ventes sur le continent américain ne représentant que 6,6 % de son résultat annuel pour l'année 2019.

Mises à part ces raisons économiques, le déclenchement de cette situation se justifie également par le fait que le duo *Apple - Google* règne en maître sur le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Or, la firme de Cupertino ne souhaite pas voir son chiffre d'affaires impacté, ni être doublée en terme de vente, par une entreprise chinoise. Epris d'un patriotisme non négligeable, les raisons de cet embargo, pour les américains, sont donc également politiques.

Enfin, et il s'agit de la raison officielle soutenue par les Etats-Unis, la société *Huawei* est présumée d'espionnage pour le compte de Pékin. Cette accusation est d'ailleurs corroborée par un discours secrétaire d'Etat américain, Mike Pompeo, qui n'hésite pas à qualifier la firme chinoise de véritable « cheval de Troie »³. Ce climat de tension a d'ailleurs été envenimé par la crise du Covid-19, ne laissant aucune place aux négociations entre les deux protagonistes. C'est donc dans le cadre de cette situation d'« *urgence nationale* » que le « décret Trump » a pour objectif de lutter contre l'« espionnage économique et industriel », en imposant à l'entreprise chinoise et à Pékin de reconnaître les « *actes malveillants favorisés par Internet, dont l'espionnage économique et industriel au détriment des Etats-Unis et de sa population* »⁴.

2. Les conséquences de l'embargo. Les conséquences de la situation ne se limitent pas à de simples conséquences économiques sans intérêt. L'impact de l'embargo se ressent d'ailleurs tant du côté de la firme chinoise que dans le reste du monde. La principale mesure du « décret Trump » a été caractérisée par l'interdiction, pour la majorité des entreprises américaines, de contracter avec *Huawei*. Cette prohibition s'entend tant de la fourniture de matériels que de la prestation de services. Pourtant,

² B. Goh, « *Huawei's 2019 revenue to jump 18%, forecasts 'difficult' 2020* », Reuters, 31 décembre 2019.

³ « *Huawei : Trump menace ses alliés de cesser le partage de renseignements* », Les Echos, 17 janvier 2020

⁴ Le Monde avec AFP, « *Huawei : la guerre commerciale entre Washington et Pékin s'envenime* », 16 mai 2019.

l'avocat Doug Jacobson affirme que le comportement de la Maison Blanche aura, sans conteste, un impact important sur les relations entrepreneuriales sino-américaines. En effet, « Huawei trouvera des alternatives »⁵, mais la situation de ses collaborateurs risque d'être plus compliquée.

Visionnaire, ou simplement réaliste, Me Jacobson avait dit vrai. Pour pallier à cette interdiction, la société Huawei a, très rapidement, entamé un processus de réplique en proposant aux consommateurs une nouvelle plateforme d'applications (« AppGallery ») et des services annexes pour contrer les services de Google. A ce titre, le chiffre d'affaires de la société a connu une hausse de « 19,1 % à 123 milliards de dollars et le bénéfice net en progression de 5,6 % à près de 9 milliards de dollars »⁸, d'après le cabinet Counterpoint. La même étude a pourtant également démontré que « l'embargo américain a amputé les revenus annuels de cette activité de plus de 10 milliards de dollars ». Cette situation s'accompagne d'une baisse de la croissance chinoise (s'élevant à +6,1 % pour l'année 2019), faisant chuter le taux de référence au plus bas depuis 29 ans⁶. La société *Huawei* est en proie à une double peine puisque, en sus de cette sanction américaine, se juxtapose l'impact de la crise économique dû à l'épidémie de Covid-19. Plus récemment encore, la société *Huawei* s'est vue refuser la conclusion de contrats avec des opérateurs de téléphonie mobile. A titre d'exemple, au Royaume Uni, deux opérateurs (EE et Vodafone) proches de lancer leurs offres de réseaux 5G ne proposent aucun smartphone *Huawei* à la vente⁷.

3. De nouvelles sanctions en France avec la loi « anti Huawei ».

Les Européens, moins rigoristes, préfèrent privilégier une stratégie d'engagement avec la Chine, tout en la qualifiant de « rivale stratégique »⁸. Dans un premier temps la décision de Donald Trump a été accueillie défavorablement par le Président français, Emmanuel Macron, ce dernier considérant que « déclencher maintenant une guerre technologique ou une

⁵ K. Freifeld, D. Shepardson et A. Alper, « Exclusive: U.S. prepares crackdown on Huawei's global chip supply », Reuters, 26 mars 2020, propos de Doug Jacobson : « *This is going to have a far more negative impact on U.S. companies than it will on Huawei, because Huawei will develop their own supply chain,* » trade lawyer Doug Jacobson said. « *Ultimately, Huawei will find alternatives* ».

⁶ J. Gloanec, « La Chine prépare son grand retour », Jurisport 2020, n°208, p.17.

⁷ D. Sabbagh, « Boris Johnson forced to reduce Huawei's role in UK's 5G networks », The Guardian, 22 mai 2020.

⁸ D. Sabbagh, « Boris Johnson forced to reduce Huawei's role in UK's 5G networks », préc.

guerre commerciale vis-à-vis d'un autre pays [n'était] pas judicieux ». Monsieur Macron a même affirmé que la France veut « *développer l'emploi, l'activité, l'innovation et nous croyons en la coopération et dans le multilatéralisme. En même temps, pour la 5G par exemple et beaucoup d'innovations, [la France est] extrêmement attenti[ve] au sujet de l'accès aux technologies essentielles pour préserver [la] sécurité nationale. [La] perspective n'est pas de bloquer Huawei ou toute autre entreprise* ».

Malgré ce discours, la loi n° 2019-810 du 3 août 2019, *visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles*, qu'on qualifiera de précaution, voire « *anti Huawei* »⁹ a été adoptée, par le législateur français, pour restreindre l'implantation des réseaux radioélectriques mobiles 5G, dont le principal fournisseur est pour l'instant *Huawei*, en raison d'éventuelles failles à la cybersécurité. Le texte a été pris pour protéger la sécurité publiques contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Japon ou encore, les Etats-Unis¹⁰ qui le font pour des raisons commerciales et/ou politiques.

En résulte un nouveau régime d'autorisation préalable, sous l'autorité du premier ministre, pour l'exploitation des appareils soit tout dispositif, matériel ou logiciel, de la 5G « qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, la disponibilité du réseau, ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications, à l'exclusion des appareils installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés exclusivement à un réseau indépendant, des appareils électroniques passifs ou non configurables et des dispositifs matériels informatiques non spécialisés incorporés aux appareils » (CPCE, art. L. 34-11), du moins ceux qui correspondent aux appareils exploités par des opérateurs visés à l'article L 1332-1 du Code de la défense. Celui-ci, qui s'inscrit dans le titre intitulé « Défense économique », identifie les opérateurs publics ou privés exploitant des établissements, des installations ou des ouvrages « dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation », ce que l'on désigne comme les « opérateurs d'importance vitale (OIV) » et dont la liste est tenue secrète, évidemment, mais où l'on trouve les grands opérateurs téléphoniques par exemple, vraisemblablement certains hôpitaux, depuis

⁹ Comp. A. Attar-Rezvani et P. Dupuis, « La France se dote d'une loi « anti-Huawei », JCP 2020, 1001.

¹⁰ A. Attar-Rezvani et P. Dupuis, « La France se dote d'une loi « anti-Huawei », op. cit..

l'épisode Covid-19, mais, *a priori*, pas les opérateurs dits « verticaux » exploitant un réseau privé d'entreprise. L'objectif principal du dispositif est de permettre de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale, tout en évitant « *un blackout organisé par une puissance mal intentionnée* »¹¹.

Il a été complété par un décret n°2019-1300 relatif aux modalités de l'autorisation préalable, réalisée par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) et l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI)¹² qui fait de celle-ci une entité sensible, et un arrêté du 6 décembre 2019 établissant la liste des appareils visés par l'article L. 34-11 CPCE, définis par leurs fonctions, essentiellement des appareillages de communication avec les terminaux, les appareillages d'authentification, de répartition des équipements réseaux, etc.

L'essentiel se concentre dans la procédure d'instruction prévue à l'article L. 34-12 CPCE, étant précisé que le silence gardé par l'administration vaut, par dérogation, rejet de la demande. L'instruction par le SGDSN et l'ANSSI permettra en effet de vérifier l'architecture des appareils, refuser une demande, l'assortir de conditions, etc., sans que des opérateurs soient, à la manière américaine, néo-zélandaise, japonaise ou australienne, exclus *a priori* et *in extenso*, tout en vérifiant les questions de sécurité, de compétence nationale, au sein de l'Union européenne, quoi que la commission ait présenté une recommandation en ce sens¹³ en raison des risques de contamination d'une vulnérabilité au sein des autres Etats-membres, au moins, avec un objectif, en forme d'oxymore, de garantir la « souveraineté européenne » (§ 15) et la constitution d'une « boîte à outils » dont on peut penser que les outils les plus remarquables seront jalousement gardés, pour des raisons de « souveraineté nationale » bien comprises.

L'ensemble est puni selon les peines de l'article L. 39 CPCE voire elles de l'article 226-3 du Code pénal, voire les dispositifs anti-espionnage, anti-sabotage, etc., du Code pénal. L'enjeu est en effet très clair : il s'agit de prémunir la France, ses opérateurs, ses entreprises, ses citoyens contre des mesures de piratage à une échelle gigantesque, où elle ne pourra se contenter, à l'instar de la proposition allemande d'un « engagement de non espionnage » ; un tel engagement est la base de la réciprocité

¹¹ P. Idoux, Chronique Droit de la communication, JCP 2020, 536

¹² Le contenu du dossier de demande d'autorisation est prévu à l'article 1er du décret n° 2019-1300 du 6 décembre 2019, qui crée l'article R. 20-29-11 du CPCE.

¹³ Recommandation n°2019/534, 26 mars 2019 « cyber sécurité des réseaux 5G », JOUE, 29 mars 2019.

internationale et sa violation, le fondement de tous les services de renseignements, sans compter les initiatives privées ou criminelles. C'est donc, au-delà des sanctions éventuelles, l'ensemble des protocoles techniques de validations des demandes qui est en jeu, sauf, éventuellement, engager la responsabilité de l'Etat en cas de défaillance.

Enfin, certains ont pu reprocher aux nouveaux dispositifs de 5G d'avoir un impact environnemental néfaste. Sans que cela ne concerne que la société « *Huawei* », le secteur du numérique, entendu dans son acception large, « *pèse 3,5 % des émissions mondiales de CO₂, ne serait-ce que pour le fonctionnement de ses réseaux et data centers* »¹⁴.

A. Lepère et D. Mainguy

¹⁴ C. Osson, *op.cit.*

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 [toetatès]. 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 messenger 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 »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

