

# Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique

## *Lawfare Law Review*

Nº 1.  
Juin 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche  
Appliquée à 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**



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE  
ECONOMIQUE  
JUIN 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, Gwennaëlle 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](mailto: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 »).



## **Sommaire**

**Edito, p. 5.**  
D. Mainguy

### **Partie 1**

#### **Chronique de droit du contentieux et de la guerre économique, p. 9**

D. Mainguy (dir.),

##### **I. Sources du droit du contentieux et de la guerre économique**

###### **A. Généralités**

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 », p. 9.
2. Le sort des résultats d'une enquête interne, en France et aux Etats-Unis (RIN, annexe XXIV et States District Court for the Southern District of New York, *United States v. Connolly*, 2 mai 2019, 2019 WL 2120523), p. 13

###### **B. Sécurité nationale**

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, p. 16.

###### **C. Secret des affaires**

4. « Keep your secret secret » (Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires, C. com. art. L. 151-1 et s.). Concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle, p. 22.

###### **D. Protection des données personnelles**

5. RGPD vs *Cloud Act* : guerre économique ou guerre de souveraineté ?, p. 26

##### **II. Droit processuel du contentieux économique**

###### **A. Droit processuel général**

6. « But you speak French! » A propos de l'International Commercial Chamber at the Paris Court of Appeal (ICCP-CA). p. 30.

###### **B. Droit de l'arbitrage**

7. Les diligences de l'arbitre avocat d'affaires (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2019, n°18-15756, *AVME*, obligation de révélation de l'arbitre avocat d'affaires), p. 33.

8. Pour quelques dollars de plus... (Cour d'appel La Haye, 18 févr. 2020, *Yukos*), p. 38.

9. Après l'affaire *Achmea*, l'appel à la « résistance » contre l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne, p. 41

##### **III. Substance des contentieux économiques**

###### **A. Contentieux général**

10. Immunité d'exécution (loi sapin II), Paris 5 sept. 2019, n°19/17592. p. 43

###### **B. Contentieux contractuel**

11. Clauses d'interdiction de témoigner Paris 5 juill. 2018, p. 47.

###### **C. Contentieux concurrentiel**

12. L'Autorité de la concurrence croque la pomme (ADLC, Communiqué de presse du 16 mars 2020, « Apple, Tech Data et Ingram Micro sanctionnés », p. 49.

13. Covid-19 et concurrence : la survie des « champions », p. 54.
14. Réparation intégrale et concurrence déloyale : la timide reconnaissance de la spécificité des lésions économiques en droit de la responsabilité civile (Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, *SARL Cristallerie de Montbron / SA Cristal de Paris*), p. 59.

15. Le rôle des dommages et intérêts restitutoires dans l'encadrement de la guerre économique, p. 67.

## **D. Contentieux pénal**

### **1. Corruption**

16. CJIP Airbus : une première internationale (CJIP Airbus, 29 janv. 2020), p. 70.

17. CJIP Bank of China, 10 janv. 2020, p. 76.

18. L'affaire des rétro-commissions dans « Affaire Karachi », le commencement de la fin ou « tout ça pour ça » ? Ass. plén. 13 mars 2020, n° 19-86609, 18-80162, 18-80164, 18-80165), Cour de justice de la République, affaire Karachi, p. 78.

19. Affaire Alstom-Hoskins, des limites à l'application extraterritoriale de la législation anti-corruption américaine ?, p. 81.

20. L'affaire *Alstom*, la suite? Les « pratiques coutumières » de corruption et l'ordre public international (Paris, 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*), p. 86.

### **2. Embargo**

21. Les règles d'embargo résultant de mesures internationales relèvent de l'ordre public international. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2020, n° 18-18.088, *Ministère de la justice de la République d'Irak c. Finmeccanica*, p.91.

### **3. Blanchiment d'argent**

22. Dénoncer ou protéger ? Ord. n° 2020-115 du 12 févr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Décr. N° 2020-1 18 du 12 févr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme Décr. n° 2020-119 du 12 févr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, p. 101.

23. Compétence du procureur de la République financier pour enquêter sur le blanchiment en France du produit d'infractions commises à l'étranger (Crim. 1<sup>er</sup> avril 2020, n° 19-80875), p. 102.

24. Caractérisation de l'opération de placement (Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542), p. 104.

25. Blanchiment et non-respect de l'obligation de déclaration des fonds transférés (Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491), p. 105.

26. Présomption d'origine frauduleuse des fonds (Crim. 4 déc. 2019, n° 19-82.469), p. 107.

27. Présomption d'origine frauduleuse des fonds – *bis* (Crim. 6 mars 2019, n° 18-81.059), p. 109.

### **4. Fraude fiscale**

28. Cumul des sanctions fiscales et pénales pour fraude fiscale : recette pour un principe *non bis in idem* à la sauce fiscale (Cass. crim. 11 septembre 2019, n° 18-81.040, n° 18-81.067, n° 18-81.890, n° 18-82.430, n° 18-84.144), p ; 110.

### **F. Contentieux social**

29. Guerre contre le coronavirus : *Amazon* fait de la résistance (Versailles 24 avr. 2020, TJ Nanterre 14 avr. 2020), p. 116.

30 Uber and co. (Cass. soc. 4 mars 2020, n°19-13.316), p. 120.

## **Partie 2 Articles et variétés,**

### **La fabrique du consentement, p. 123**

J.-C. Teisseidre

### **Procédures baillons et abus de droit, p. 129**

S. Brunner

### **Histoire des guerres économiques et commerciales : Carthage et la Guerre de l'opium, p. 133.**

M. Gautier

## ***Edito***

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier

La présente revue présente les divers aspects couverts par l'espace de recherche MIRAGE.

Il vise, comme cela est plus amplement approché sur le site qui lui est dédié ([droit-contentieux-guerre-eco.fr](http://droit-contentieux-guerre-eco.fr)), à l'actualité des règles gouvernant le « droit du contentieux et de la guerre économique », en sein du centre du droit de la consommation et du marché.

Droit du contentieux et de la guerre économique : la formule est peu usitée dans les écrits juridiques ; elle est pourtant un enjeu majeur, soit que l'on envisage la « guerre économique » comme synonyme de « contentieux économique », ce qui est peu approprié mais possible, soit comme une forme extériorisée de politiques économiques, d'entreprises ou d'Etats, soit encore comme un ensemble de techniques juridiques permettant de réaliser des objectifs économiques ordinaires par des moyens extraordinaires, internes ou internationaux, comme les affaires *Alstom*, *BNP Paribas* ou *Technip*, mais encore *Microsoft*, *Google* ou *Airbus* de ce côté de l'Atlantique, par des outils, comme la loi Sapin ou les règles du droit de la concurrence, et des objectifs particuliers.

L'ensemble, qu'il s'agisse des règles du « contentieux économique », dont l'unité demeure à identifier, ou les règles plus musclées, et modernes, de « lutte » contre la corruption, le blanchiment d'argent, les fraudes diverses, le contournement d'embargos, les violations massives des règles de protection de l'environnement, constitue l'objet de cette chronique.

Dissocier les formules « contentieux économique » et « guerre économique » tout en les rassemblant dans un même ensemble, sans que du reste, les chroniques soient associées à l'une ou à l'autre, repose non sur une confusion mais sur une association. La « guerre économique » et le « droit de la guerre économique » reposent sur des considérations qui, souvent, présentent un caractère d'externalité tout en présentant un aspect, négatif ou positif ou, pour le dire autrement, offensif ou défensif, d'une application extraterritoriale d'une règle particulière, mais encore liées à des questions de sécurité et d'enjeux nationaux importants. Le droit du « contentieux économique » recoupe, parfois, cette dimension, mais s'inscrit dans une logique plus nationale (ou européenne), mais où des dispositifs, raisonnements, méthodes, adaptées au caractère économique du contentieux sont identifiées. Nous aurions pu le considérer, avec de grandiloquence, comme le droit du « grand contentieux (économique) » ; nous avons préféré la formule, plus audacieuse ou plus naïve, de droit du « contentieux et de la guerre économique » pour présenter certaines des techniques les plus représentatives.

S'agissant des questions relatives à un « droit de la guerre économique », la question est, aujourd'hui, dominée par des questions de luttes contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale, le contournement d'embargos, autour des règles, internes, nées de la loi « Sapin II » ou de celles, plus exotiques et plus proches en même temps, des Etats-Unis notamment.

La question est en effet dominée par celle de « l'extraterritorialité des lois américaines », à l'origine des affaires, considérables, citées plus haut, dont l'affaire *Alstom*, parmi toutes celles qui ont permis de sanctionner, et percevoir des sommes astronomiques, d'entreprises européennes, bien plus que d'entreprises américaines.

Les critiques fusent et cette chronique montrera certains aspects de la question. A bien des égards cependant, cette question est essentiellement une belle illustration de la capacité d'un Etat de faire valoir sa souveraineté juridique. La question est donc moins celle consistant à fustiger la position américaine que de proposer des techniques de défense des entreprises, françaises notamment, non point dans un souci d'immunité, mais de francisation de la perception des amendes payées, mais également de saisir les occasions de faire valoir l'extraterritorialité de normes juridiques françaises, quelle qu'en soit la méthode : conception française de l'ordre public international, capacité de faire exécuter en France une sentence internationale annulée dans le pays du siège, conception française des lois

de police, lutte contre les paradis fiscaux (dont l'érection est, aussi, une manifestation nationale d'extraterritorialité de sa loi fiscale, y compris en France, via le célèbre et très généreux crédit-impôt recherche par exemple).

S'agissant des points intéressant le droit du contentieux économiques, il ne saurait s'agir de reprendre l'ensemble, ou les seules, questions de procédures commerciales ou arbitrales, mais de saisir l'opportunité de visiter les questions les plus originales ou les plus avancées : actions de groupe, actions collectives plus largement, sanction des fautes lucratives, amendes civiles, actions en « disgorgement », procédures baillons, arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, etc., procédures de droit de la concurrence, de la consommation, financier, le tout sans pouvoir bien entendu ignorer les aspects substantiels sous-tendus.



## PARTIE 1

# CHRONIQUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE ECONOMIQUE (2019-2020)

## I. Sources du droit du contentieux et de la guerre économique

### A. Généralités

**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* »<sup>1</sup>. 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* »<sup>2</sup>. C'est par cet intermédiaire que depuis plus de cinquante ans, les sociétés états-uniennes obtiennent régulièrement des

---

<sup>1</sup> 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.

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

informations stratégiques à leur concurrentes, alors même que ces dernières ne sont pas strictement nécessaires à la résolution du litige<sup>3</sup>.

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 18 mars 1970. L'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 nationale<sup>4</sup>, 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 2007<sup>5</sup>. 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* »<sup>6</sup>, 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

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> Cass. Crim, 12 décembre 2007, n°07-83.228

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

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 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 Gauvain<sup>7</sup>. 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,

---

<sup>7</sup> 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.

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 du 3 août 2018, modifiant l'annexe du règlement 2271/96 du 22 novembre 1996 dit « loi de blocage européenne »<sup>8</sup>, « 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 minimalistre, 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

---

<sup>8</sup> 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<sup>e</sup> éd., 2016, sp. n° 108

(chinoises) qui ne craignent pas (encore ?) l'extraterritorialité des règles américaines.

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

**2. Le sort des résultats d'une enquête interne, en France et aux Etats-Unis (RIN, annexe XXIV et States District Court for the Southern. District of New York, *United States v. Connolly*, 2 mai 2019, 2019 WL 2120523).** La loi « Sapin II » a modifié de manière radicale l'approche du traitement des pratiques de corruption, à l'imitation des pratiques américaines, à travers des techniques de justice négociée, la CJIP (convention Judiciaire d'intérêt public, cf. infra, n° 16), le « monitoring » qui constitue l'une des contreparties de la conclusion d'une CJIP par la mise en place d'un programme de conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) <sup>9</sup>mais encore la question de l'enquête interne visant à auditer et éventuellement déceler des pratiques de corruption, au-delà des dispositifs d'alerte interne imposés désormais à toute entreprise de plus de 50 salariés. L'obligation de traitement des alertes, ou bien la volonté de réaliser une vérification globale, mais encore la mise en place d'un programme de conformité en suite d'une CJIP conduit alors l'entreprise à confier une telle « enquête interne », confiée à un « avocat enquêteur » ou un « avocat expert » dont les missions sont désormais définies par l'annexe XXIV du règlement intérieur national des avocats (RIN), à travers un « vadémecum de l'avocat chargé d'une enquête interne » adopté en 2016<sup>10</sup>. L'avocat-enquêteur est celui qui est chargé d'une enquête interne pour donner une opinion juridique sur une telle situation, qui peut s'élargir à d'autres missions de compliance (respect de règles de la concurrence, de la consommation, de droit financier, de droit fiscal, de règlementation de blanchiment de respect d'embargo, etc.); l'avocat-expert est celui qui est désigné par deux parties, une entreprise et l'AFA ou une autre autorité (comme le PNF), ou une entreprise et un salariés (ou un dirigeant).

L'avocat choisi, qui peut être l'avocat habituel de l'entreprise uniquement comme avocat-enquêteur, se présente alors de manière originale lorsqu'il intervient comme avocat-expert, un tiers neutre, et non un prestataire ordinaire d'un service juridique, notamment dans l'exécution d'une

---

<sup>9</sup> C. Pr. Pén., art. 41-1-2, I.

<sup>10</sup> Cf. E. Daoud et C. Breyer, « L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques, AJ Pénal, 2017, p. 330.

obligation de mise en place d'un programme de conformité, contrôlé par l'AFAC.

Si l'avocat peut alors prendre connaissance de tous documents utiles, courriers, rapports, contrats, etc., effectuer des auditions, visionnes des enregistrements vidéo, etc., sa mission n'est pas « aggressive », à la différence, majeure, des pratiques américaines, où l'avocat est une sorte d'agent délégué du procureur et où les personnes auditionnées sont tenus de coopérer sous peine de sanction. En revanche, comme l'avocat américain, l'avocat expert doit bien spécifier à ses « clients » qu'il n'est pas leur avocat au sens français du terme (et qu'il peut être assisté par un avocat, cette fois au sens ordinaire du terme), et n'est pas soumis au secret professionnel : il doit alors remettre son rapport à toutes les parties intéressées, y compris les autorités donc, lorsqu'il s'agit d'un avocat expert. Ces enquêtes internes, notamment via un avocat enquêteur sont aujourd'hui communes et participent de l'émergence des pratiques de « compliance » largement entendues. Elles font l'objet de rapports remis à la direction.

Une difficulté survient cependant lorsque le rapport est effectué par un avocat (enquêteur) français, en France mais pour une entreprise (qui pourrait être une filiale d'une entreprise française) étrangère, américaine par exemple et sa direction. Dans ces conditions, la question pourrait se poser de savoir si la « loi de blocage » de 1968 (loi n°68-678 du 26 juillet 1968 qui interdit à toute personne (en France) de demander, rechercher ou communiquer sous quelque forme que ce soit des documents d'ordre économiques, commercial industriel, financier, technique, etc., « tendant à la constitution de preuve en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » (L. 26 juill. 1968, art. 1 bis), même si la faiblesse des sanctions et, sans doute, la pression exercée par les enquêteurs et procureurs américains, et la relative inapplication (ou ignorance) de ce texte n'avait pas empêché qu'il soit très largement violé, du moins jusqu'à l'adoption de la loi Sapin II et la « nationalisation » des traitements des cas de corruption.

Cette question, qui échappe *a priori* au juge français, par hypothèse, sauf à renforcer de manière majeure les sanctions de ce texte, comme le recommande, par exemple, le « Rapport Gauvain » de 2019<sup>11</sup>, pourrait évoluer, à l'aune de la prise compte, lente, des autorités judiciaires

---

<sup>11</sup> 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.

américaine du traitement, sinon cavalier, du moins assez étranger à toute idée de justice, des entreprises étrangères (et nationales) dans le cadre des procédures qui, aboutissant à des transactions, échappent à tout contrôle judiciaire sérieux. Une décision récente, du States District Court for the Southern District of New York (SDNY) du 2 mai 2019<sup>12</sup>, dans une affaire *Connolly*, d'autant plus significative que cette juridiction est celle de Wall Street, qui dispose de son propre procureur, pourrait laisser penser que les enquêtes internes ainsi réalisées à l'étranger pourrait bien faire l'objet d'un regard plus rigoureux. En l'espèce, la Deutsche Bank est soupçonnée de manipulation de taux d'intérêts, diligent une enquête interne via un cabinet américain qui auditionne un salarié britannique. Une solution négociée aboutit en 2015, la Deutsche Bank devant alors payer 775 millions de dollars d'amende. Toutefois, le salarié ayant reconnu sa participation aux faits reprochés, le DoJ décide de le poursuivre pénalement. Le salarié considère alors que la banque, son employeur, via le cabinet d'avocat, a conduit l'enquête dans le but d'obtenir la transaction, manquant ce faisant de loyauté à son égard en ce qu'il s'agissait d'une audition « fairly attributable » au gouvernement, donc, à une enquête pénale (« *Deutsche Bank acted as an arm of the government* ») quand bien même la banque disposait de principes de compliance imposant à ses employés de coopérer avec toute autorité, interne ou étrangère (ce qui paraît, effectivement, guère loyal, ce d'autant que l'avocat confirmait que s'il n'avait pas accepté, il aurait été licencié). Or, le juge (un grand jury l'avait considéré comme coupable en 2918) considérait pour écarter sa « mise en examen » (conviction), que l'enquête s'apparente effectivement à une investigation pénale, autorisant l'invocation du 5<sup>ème</sup> amendement de la Constitution américaine, le fameux droit au silence et le droit de ne pas témoigner contre soi-même).

Transposée à un cas français, la question se pose de savoir si, et à supposer que la qualification pénale de l'enquête soit confirmée, cette solution ne pourrait être renforcée par l'invocation de la loi de 1968 ? La réponse n'est pas évidente au regard de la position des juges américain qui avaient déjà considéré que, eut égard à sa presque ignorance en France, elle se présentait comme de pure forme en 1987<sup>13</sup> et plus récemment en

---

<sup>12</sup> SDNY, *United States v. Connolly*, 2 mai 2019, WL 2120523, rev. crit DIP, 2020, p. 175, os. A. d'Ornano.

<sup>13</sup> US District Court, *Aerospatiale*, 14 janvier 1987, 482 US 522, Rev. crit. DIP 2008. 559, note Dyer.

2014<sup>14</sup>. Par ailleurs, ce n'est pas l'enquête interne qui est considérée, en France, comme pénale, mais le recueil d'information « en vue de procédures judiciaires ». En revanche l'association de la solution américaine, qui criminalise l'enquête (dans les limites des faits de la solution) et de la règle française, y compris lorsque l'enquête interne est antérieure au déclenchement d'un enquête si on admet que la formule « en vue de » est suffisamment accueillante, permet sans doute de réduire, sinon la portée extraterritoriale des règles américaines, du moins les ardeurs des enquêteurs.

Il demeure que la mise en œuvre sérieuse, par le PNF et l'AFA des règles issues de la loi Sapin II ont déjà produit quelques effets à l'endroit des autorités américaines, puisque par deux fois, les autorités françaises et américaines ont collaboré dans l'affaire Société Générale, en 2018 et plus récemment dans l'affaire Airbus, en 2020 (cf. infra, n° 16).

**D. Mainguy**

## **B. Sécurité nationale**

**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

---

<sup>14</sup> SDNY 22 déc; 2014, *Motorola credit corp v. Kamel Uzan*, 2002-cv-066 JSR SDN, cite par A. d'Ornano, préc.

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 américain<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> C. Gartenberg, « *Donald Trump extends Huawei ban through May 2021* », The Verge, 13 mai 2020.

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, à 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 montée 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 année 2019<sup>16</sup>. 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'État américain, Mike Pompeo, qui n'hésite pas à qualifier la firme chinoise de

---

<sup>16</sup> B. Goh, « *Huawei's 2019 revenue to jump 18%, forecasts 'difficult' 2020* », Reuters, 31 décembre 2019.

véritable « cheval de Troie »<sup>17</sup>. 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* »<sup>18</sup>.

**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, l'avocat Doug Jacobson affirme que le comportement de la Maison Blanche aura, sans conteste, un impact important sur les relations entreprenariales sino-américaines. En effet, « *Huawei trouvera des alternatives* »<sup>19</sup>, 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* »<sup>8</sup>, d'après le cabinet Counterpoint. La même étude à 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),

---

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

<sup>18</sup> Le Monde avec AFP, « *Huawei : la guerre commerciale entre Washington et Pékin s'envenime* », 16 mai 2019.

<sup>19</sup> 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* ».

faisant chuter le taux de référence au plus bas depuis 29 ans<sup>20</sup>. 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 vente<sup>21</sup>.

### **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 »<sup>22</sup>. 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 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 attentif[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* »<sup>23</sup> 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-Unis<sup>24</sup> qui le font pour des raisons commerciales et/ou politiques.

En résulte un nouveau régime d'autorisation préalable, sous l'autorité du

---

<sup>20</sup> J. Gloanec, « La Chine prépare son grand retour », Jurisport 2020, n°208, p.17.

<sup>21</sup> D. Sabbagh, « Boris Johnson forced to reduce *Huawei*'s role in UK's 5G networks », The Guardian, 22 mai 2020.

<sup>22</sup> D. Sabbagh, « Boris Johnson forced to reduce *Huawei*'s role in UK's 5G networks », préc.

<sup>23</sup> Comp. A. Attar-Rezvani et P. Dupuis, « La France se dote d'une loi « anti-Huawei », JCP 2020, 1001.

<sup>24</sup> A. Attar-Rezvani et P. Dupuis, « La France se dote d'une loi « anti-Huawei », op. cit..

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 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* »<sup>25</sup>.

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 national (SGDSN) et l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI)<sup>26</sup> 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

---

<sup>25</sup> P. Idoux, Chronique Droit de la communication, JCP 2020, 536

<sup>26</sup> 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.

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 sens<sup>27</sup> 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 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 CO<sub>2</sub>, ne serait-ce que pour le fonctionnement de ses réseaux et data centers* »<sup>28</sup>.

**A. Lepère et D. Mainguy**

### **C. Secret des affaires**

**4. « Keep your secret secret » (Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires, C. com. art. L. 151-1 et s.). Concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle.** La frontière entre règles du droit de la concurrence déloyale et de la

---

<sup>27</sup> Recommandation n°2019/534, 26 mars 2019 « cyber sécurité des réseaux 5G », JOUE, 29 mars 2019.

<sup>28</sup> C. Osson, *op.cit.*

propriété intellectuelle sont ténues et pas seulement au stade de la réparation<sup>29</sup>. La Cour de cassation estime cependant que l'action en contrefaçon et l'action en concurrence sont deux actions distinctes dans la mesure où elles ont des objets différents, réprimer la violation d'un droit privatif, pour l'un, et poursuivre (indemniser ou faire cesser) la faute commise par une personne à l'encontre d'une autre ne disposant d'aucun droit privatif, dans l'autre<sup>30</sup>. La difficulté se présente surtout lorsque on se trouve dans une situation dans laquelle un opérateur développe une activité autour d'éléments non protégeables par un droit de propriété intellectuelle : une recette de cuisine, un algorithme, un savoir-faire technique, commercial, financier, etc. En général, ces activités sont protégées par le secret dont la sanction s'opère par la voie du droit des contrats, si des clauses de secret ont été conclues, ou par la voie du droit de la responsabilité civile, c'est-à-dire un cas de concurrence déloyale, par parasitisme par exemple.

Depuis 2018, cette dernière situation a été particulièrement renforcée, au profit des opérateurs disposant de tels « secrets d'affaires ». L'information est déjà un peu ancienne au regard de la logique de cette chronique, mais quelques brefs rappels des enjeux permettent d'éclairer lecture et compréhension d'autres éléments d'actualité. La loi du 30 juillet 2018 sur *la protection du secret des affaires* a en effet créé les articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce en ce sens<sup>31</sup>. Ainsi, l'article L. 151-1 du Code de commerce définit « l'information protégée » au titre du secret des affaires : « Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures

---

<sup>29</sup> Cf. S. Durrande, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale* : D. 1984, chron. 187. – J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, thèse, Paris II, 1998.

<sup>30</sup> Cf. Cass. com., 6 nov. 1984 : *Bull. civ.* 1984, IV, n° 297 ; Cass. com., 13 févr. 1992 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 66 ; Cass. com., 21 oct. 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 278 ; Cass. com., 22 oct. 2002 : *JCP G* 2003, II, 10038, note D. Mainguy. – Adde J. Schmidt, *La distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* : *RTD com.* 1994, p. 455

<sup>31</sup> J.-C. Roda, « Secret des affaires, et si on avait manqué l'essentiel ? », D. 2018, p. 1318, Th. D'Alès et O. Sicsic, « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée » *JCP E* 2018, 1444 .

de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ». Les articles L. 151-2 et L. 151-3 du Code de commerce déterminent alors la « détention légitime et la divulgation licite » de ces secrets pour sanctionner, à l'inverse « la détention illégitime ou la divulgation illicite », aux articles L. 151-4, L. 151-5 et L. 151-6 du même code : « Art. L. 151-4. L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte : 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale<sup>32</sup>. L'ensemble est alors sanctionné, sauf exceptions (C. com., art. L. 151-7 et s.), par des actions en réparation et/ou en cessation (C. com., art. L. 152-1 et L. 152-2), voire des mesures de prévention (C. com., art. L. 153-1 et 153-2), de publicité (C. com., art. L. 152-7). L'article L. 152-6 du Code de commerce, en outre, établit des critères de détermination du préjudice réparable tenant compte du préjudice économique, du préjudice moral mais aussi des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires

Par ailleurs, si la protection du secret des affaires présente une importance capitale pour prévenir, faire cesser et réparer son atteinte, le risque est important de limiter un certain nombre de droits ou de liberté, ce dont les articles L. 151-8 et 9 rendent compte en considérant qu'il n'est pas opposable lorsque une atteinte au secret des affaires est utilisé pour

---

<sup>32</sup> Adde : C. com., art. L. 151-5. « L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article ». C. com., art. L. 151-6 : « L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 ».

exercer le droit à la liberté d'expression, s'agissant des journalistes, ou aux lanceurs d'alerte, pour la protection d'un intérêt légitime, notamment.

De nombreuses difficultés demeurent cependant, outre le flou entourant les caractéristiques du secret des affaires, sinon par une conception économique, celle de la « valeur commerciale, effective ou potentielle » du secret ou de l'existence de « mesures de protection raisonnables » visant à le protéger. On peut voir, ici, la source de nombreux contentieux post-contractuels, chaque fois qu'un secret sera invoqué, par un employeur, par un franchiseur, un industriel, pour contraindre son partenaire. Des difficultés surgissent également pour concilier le secret des affaires et les obligations spéciales d'information imposées par la loi, mais encore dans un cadre international, notamment dans le cas de litiges, privés ou criminels, impliquant des entreprises françaises, face à des enquêtes pénales ou des demandes de « discovery » parfois simplement utilisées pour avoir accès à des documents, éventuellement couverts, en France, par les dispositions des articles L. 151-1 du Code de commerce. La conjugaison de ces textes avec les « lois de blocages », sera, peut-être l'un des éléments importants de développement de ces règles (comp. *supra*, n°1 et 2). Plus prosaïquement, la question se posera en France face à des demandes de mesures d'instruction *in futurum*, dans la mesure où, jusqu'à présent, la jurisprudence considère que le secret des affaires n'est pas un obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>33</sup> et d'une manière générale dans le cadre des débats. L'article L. 153-1 du Code de commerce permet au juge, s'il estime que la pièce demandée mérite protection au titre du secret des affaires, d'en prendre connaissance seul et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne « habilitée », de limiter la communication à certains éléments ou que les débats et la décision sera prononcée en chambre du conseil. Demi-mesure (ou bien la question relève du secret, total, ou bien elle n'en relève pas) ou proportionnalité entre les intérêts des parties, le secret invoqué et la garantie d'un procès équitable : la sagesse des juges sera alors mise à rude épreuve si on admet que rien ne peut rattraper un secret divulgué.

---

<sup>33</sup> Cass. civ. 2e, 7 janv. 1999, n° 95-21.934 ; Cass. civ. 2e 8 févr. 2006, n° 05-14.198. Mais comp. anticipant la loi de 2018, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2017, n° 15-27.845, Sté Gan assurances c/ Sté Allianz IARD, censurant l'arrêt d'appel ayant rejeté la demande « 'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombait, si cette mesure d'instruction, confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'était pas proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés GAN, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »..

## **D. Protection des données personnelles**

**5. RGPD vs Cloud Act : guerre économique ou guerre de souveraineté ?<sup>34</sup>** Dans une dynamique mondiale où l'économie et la société dans son ensemble vivent une véritable transformation numérique, la mise en œuvre de stratégies nationales respectives provoque parfois une véritable levée de boucliers, notamment lorsque les initiatives sont d'origine américaine. Leur approche de la gestion des données à caractère personnel est assurément contrastée avec la stratégie européenne adoptée en la matière.

Les principaux services en ligne européens sont, en effet, pour 54%<sup>35</sup> d'entre eux, établis aux Etats-Unis, et traitent aussi bien les données de consommateurs américains qu'européens. Après avoir effectué le constat d'une application à géométrie variable de la directive de 1995<sup>36</sup>, l'Union Européenne a tenté en 2016 de réguler le marché des données personnelles en soumettant les entreprises - responsables de traitement - au Règlement Général sur la Protection des Données dit « RGPD »<sup>37</sup>.

Outre-Atlantique, dans un contexte où les *Mutual Legal Assistance Treatis*<sup>38</sup> (« MLAT ») manquaient intrinsèquement de souplesse et de rapidité et où le *Stored Communication Act*<sup>39</sup> était devenu obsolète en ne prenant pas en compte les données électroniques stockées à l'étranger, les États-Unis ont adopté en 2018, en bon cavalier législatif<sup>40</sup>, le *Clarifying Lawful Overseas use of Data Act*, le *Cloud Act*.

---

<sup>34</sup> « *Il y a deux manières de combattre : l'une avec les lois, l'autre avec la force* », N. Machiavel, *Le Prince*, 1513.

<sup>35</sup> OCDE (2018), *Perspectives de l'économie numérique de l'OCDE 2017*, Éditions OCDE, Paris,

<sup>36</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

<sup>37</sup> Règl. 2016/679, dit « Règlement Général sur la Protection des Données » du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016, abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>38</sup> Traité d'entraide judiciaire a été signé entre les États-Unis et l'Union européenne signé en 2003

<sup>39</sup> SCA codifié à l'article 18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701–2712)

<sup>40</sup> P. Jacob, « La compétence des Etats à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? », Rev. crit. DIP, 2019, p.665 – il constitue la section 5 du consolidated appropriations act, 2018, hr1625, PUB.L.115-141)

Né d'un bras de fer entre *Microsoft* et les autorités américaines<sup>41</sup>, ce texte pourrait en effet s'analyser comme l'expression d'une guerre économique et virtuelle sur le terrain des traitements de données à caractère personnel. L'entreprise *Microsoft* avait en effet refusé de communiquer aux autorités américaines le contenu de messages échangés par l'un de ses clients mis en cause dans une affaire de stupéfiants, au motif que ces données personnelles étaient stockées en Irlande. L'extraterritorialité de cette situation fondait ainsi le refus du géant informatique, là où les Etats-Unis souhaitaient l'assourdir. En riposte, le *Cloud Act* dessinait les contours d'un droit de transfert des preuves électroniques relativement favorable aux États-Unis : les autorités américaines peuvent ainsi exiger de tout prestataire de services électroniques la divulgation de données, qu'elles soient stockées et hébergées aux États-Unis ou non<sup>42</sup>.

Dans le même temps, l'Union européenne était confrontée à l'entrée en vigueur du RGPD et à une proposition de règlement dit « projet *e-evidence* » « visant à organiser l'accès transfrontière aux preuves numériques dans le marché unique, mais aussi les données localisées hors de son territoire »<sup>43</sup>, parfois décris comme « *un cloud act à l'europeenne* »<sup>44</sup>. Un opérateur peut se retrouver au milieu de ce chevauchement des normes, le *Cloud act* a cependant mis en place des

<sup>41</sup> V. *Microsoft Corp. v. United States (Microsoft Ireland)* (*In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.*), 829 F.3d 197, 200 (2d Cir. 2016), reh'g denied, *Microsoft Corp. v. United States (In re Warrant to Search Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.)*, 855 F.3d 53 (2d Cir. 2017) (en banc). V. les analyses respectivement de P.S. Berman et J. Daskal, *in H. Muir Watt et al. (éd.)*, *Global Private International Law*, Elgar, 2019.

<sup>42</sup> Sur l'affaire, v. T. Christakis, « Données, extraterritorialité et solutions internationales aux problèmes transatlantiques d'accès aux preuves numériques », in CEIS, *USA v. Microsoft : quel impact ?*, CEIS 2017. 19 ; P. Jacob, « Quand les nuages ne s'arrêtent pas aux frontières. Remarques sur l'application du droit dans l'espace numérique à la lumière du *Cloud Act* », CDE 2018. 35 ; R. Bismuth, « Every Cloud Has a Silver Lining. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du *Cloud Act* », JCP E 2018, 80 ; R. J. Currie, « Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the "Next Frontier"? », Canadian Yearbook of International Law, 2016. 63.

<sup>43</sup> Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, COM/2018/225 final, 17 avr. 2018

<sup>44</sup> R. Bismuth, « Every Cloud Has a Silver Lining. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du *Cloud Act* », art. cit.; S. Peyrou, « Le projet de règlement « *E-evidence* » (preuves électroniques) présenté par la Commission européenne : Un « *Cloud Act* » européen », 24 avr. 2018, <http://www.gdr-elsj.eu>.

mécanismes de contestation devant le juge pour demander l'annulation d'une telle injonction, tout comme le prévoit le projet *e-evidence*. Le premier prévoit de mettre en balance l'injonction et le respect du droit de l'État tiers ou « l'intérêt de la justice », tandis que le second argue de la protection des droits fondamentaux des individus concernés, de la sécurité ou défense nationale dudit État.

La confrontation de ces textes, chacun prévu avec une portée unilatérale, permet de mettre en avant la question de la territorialité des données. Les États-Unis privilégient le lien personnel qui unit le responsable du traitement à l'État pour les contraindre à communiquer les données, que celles-ci se trouvent sur le territoire américain ou non<sup>45</sup>, là où l'Union européenne privilégié quant à elle le critère de la fourniture de services à destination du public européen, que l'organisme soit ou non établi dans l'Union. Par le biais d'une rédaction habile des dispositions relatives au champ d'application territorial, le lieu d'établissement de l'opérateur responsable ou celui depuis lequel il traite les données<sup>46</sup> devient indifférent.

Pour autant, là où certains voyaient une véritable déclaration de guerre, d'autres nuancent largement la portée belliqueuse du *Cloud act*, avec plusieurs arguments<sup>47</sup>.

Le premier tient au périmètre concerné par les atteintes dénoncées : rappelons ici que seules les injonctions formulées dans le contexte d'enquêtes pénales sont concernées par ce texte, et non l'ensemble des données personnelles des utilisateurs. La deuxième porte sur la faculté pour les autorités américaines d'accéder aux données stockées dans les conditions prévues par le *Stored Communications act* et organise la possibilité pour des gouvernements tiers d'y avoir accès moyennant la conclusion d'un *executive agreement*<sup>48</sup>. La troisième nuance à apporter tient à l'interprétation de la notion d'« intérêt public » qui pourrait

---

<sup>45</sup> *Cloud Act*, sect. 3, al. a.

<sup>46</sup> RGPD, préc., art. 3, v. *infra*. ; Dir. 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, art. 3, al. 1 ; Proposition de règlement, préc., art. 3, al. 1

<sup>47</sup> O. de Maison Rouge, « Cloud Act et collecte des preuves numériques à l'étranger : la souveraineté judiciaire en balance », AJ Pénal 2019, p.591

<sup>48</sup> *Cloud Act*, sect. 5

constituer le fondement de ces enquêtes<sup>49</sup>, répondant ainsi aux exceptions de l'article 49 du RGPD<sup>50</sup>. Le Comité Européen de Protection des Données (CEPD) a rappelé que l'appréciation de ce critère pouvait aussi être liée à un esprit de réciprocité ou à l'assistance mutuelle que pourraient se porter les États<sup>51</sup>. Quelque temps plus tard, le CEPD et le Contrôleur Européen de la Protection des Données sont conjointement revenus à une interprétation très restrictive de l'article 48<sup>52</sup>. Encore faut-il que cet intérêt public ne prévale pas sur les intérêts ou droits et libertés de la personne concernée, ce qui semble cependant bien moins sûr.

Par ailleurs, le *Cloud act* n'est pas le seul texte autorisant des ingérences de ce type : le *Patriot Act* (devenu *Freedom Act*) ou le *Foreign Intelligence Surveillance Amendement (FISA)*, prévoient déjà des traitements de données par les renseignements américains.

En France, la préoccupation relative à la sécurité des entreprises et des données face à la multiplication des mesures à portée extraterritoriale a été à l'origine du rapport Gauvain en 2019<sup>53</sup>, présentant plusieurs axes de réflexion pour maintenir un haut niveau de protection des données et concilier la souveraineté économique dans ce domaine. L'idée d'un « RGPD pour les personnes morales » a même été esquissée.

En pratique, il existe aujourd'hui des hypothèses dans lesquelles la guerre des données peut conduire à la guerre des textes. Cette croisade normative peut en effet intervenir lorsqu'un juge américain agissant dans le cadre de la poursuite d'une infraction relevant de la compétence des États-Unis ordonne à un opérateur américain de divulguer des données recueillies

---

<sup>49</sup> T. Christakis, « La communication aux autorités américaines de données sur la base du *Cloud Act* est-elle en conflit avec le règlement général sur la protection des données ? », op. cit.

<sup>50</sup> L'article 48 prohibant tout transfert de données. Ces dispositions reprennent les articles 25 et 26 de la directive de 1995.

<sup>51</sup> Article 29 Working Party, *Working Document on a Common Interpretation of Article 26(1) of Directive 95/46/EC of 24 october 1995, adopted on 25 november 2005*, p. 15

<sup>52</sup>[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-10\\_edpb\\_edps\\_cloudact\\_annex\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-10_edpb_edps_cloudact_annex_en.pdf)

<sup>53</sup> Rapport Gauvain, déposé à l'Assemblée nationale le 26 juin 2019 visant à « rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », faisant écho aux propos du Ministre de l'Economie et des Finances, Bruno Lemaire, ayant déclaré le 19 février 2019 lors d'un discours d'inauguration de l'hébergeur Equinix : « *personne ne peut accepter qu'une administration étrangère, même l'administration américaine, puisse aller récupérer les données d'une entreprise industrielle ou non, stockées chez un hébergeur américain, sans que cette entreprise ne soit avertie et sans que nous n'ayons les moyens de réagir* ».

auprès d'une personne se trouvant en Europe dans le cadre d'une activité dirigée vers le public européen alors même que le fournisseur de service tente de se prévaloir du RGPD.

Il semble en réalité que ce combat ne puisse pas se résoudre sur le terrain de la protection des données, mais plutôt au regard des règles du droit international public relatives à la répartition des compétences<sup>54</sup>. L'affaire *Microsoft* a en effet soulevé la question de la compatibilité de la prétention américaine avec les règles de droit international public aussi bien concernant le principe de non-intervention que vis-à-vis de l'absence de compétence internationalement reconnue. Dans l'attente d'un « droit global des données numériques »<sup>55</sup>, une trêve pourrait être proposée avec la conclusion d'accords particuliers permettant d'organiser une forme de coopération internationale. Des négociations sont d'ailleurs en cours dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe<sup>56</sup> et de la Commission européenne<sup>57</sup>.

**A. Bayle et G. Donadieu**

## **II. Droit processuel du contentieux économique**

### **A. Droit processuel général**

#### **6. « But you speak French! » A propos de l'International Commercial Chamber at the Paris Court of Appeal (ICCP-CA).**

Une révolution, discrète, mais radicale a été opérée au sein de la Cour d'appel de Paris, et du tribunal de commerce de Paris avec la création d'une chambre commerciale internationale, au sein de la Cour d'appel de Paris, et du tribunal de commerce. Il s'agit en effet d'insérer, au sein de l'un des figures emblématiques de la permanence et de l'originalité de la

---

<sup>54</sup> P. Jacob, « La compétence des Etats à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? », Rev. crit. DIP, 2019, p.665

<sup>55</sup> R. Bismuth, « Le *cloud act* face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ? », Rev. crit. DIP, 2019, p.681

<sup>56</sup> Conseil de l'Europe, Comité de la convention sur la cybercriminalité, mandat pour la préparation d'un projet de 2<sup>e</sup> protocole à la convention de Budapest sur la cybercriminalité, T-CY(2017)3, [www.coe.int/cybercrime](http://www.coe.int/cybercrime).

<sup>57</sup> Commission européenne, Union de la sécurité : la Commission recommande de négocier des règles internationales pour l'obtention des preuves électroniques, communiqué de presse, 5 févr. 2019, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-843\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-843_fr.htm).

justice française, une « entité » exceptionnelle, une « chambre commerciale internationale » en vue de « faciliter l'accès aux juridictions commerciales françaises pour les grands groupes internationaux dans leurs litiges commerciaux internationaux et de renforcer l'attractivité de la place de Paris dans les clauses attributives de compétence », mais également de trouver là une chambre particulièrement adaptée aux recours en annulation contre des sentences arbitrales internationales.

L'initiative repose sur une très vieille question : les juridictions françaises sont-elles adaptées aux contentieux économiques et, de manière plus pointue encore, aux contentieux économiques internationaux ?

Observons que, en premier, il n'existe pas de juridiction qui aurait une compétence générale pour traiter des « contentieux économiques ». Les tribunaux de commerce connaissent le contentieux commercial général et le contentieux spécialisés des procédures collectives, les tribunaux judiciaires le contentieux des contrats civils (dont de consommation), des baux commerciaux et du droit de la construction, et, depuis début 2020, via le « juge du contentieux de la protection », compétent pour les affaires de baux d'habitation, de surendettement, et de crédit à la consommation, l'Autorité de la concurrence est compétente en matière de pratiques anticoncurrentielles, mais pas de concurrence déloyales ni de pratiques restrictives de concurrence, ajoutons l'Autorité des Marchés financiers, et le fait que, en outre, des compétences territoriales particulières, par exemple en matière de propriété industrielle ou de pratiques restrictives de concurrence, réservent ces contentieux à certains tribunaux.

De ce méandre, où il faudrait ajouter la question de l'arbitrage, entre le juge d'appui, le juge de l'exequatur et le juge de la validité d'une sentence arbitrale, interne ou internationale (signalons d'ailleurs, depuis 2017, la scission, voire le schisme, au sein même de la Cour d'appel de Paris entre les recours en annulation contre des sentences internes (Pôle 1, chambre 1) et internationales (Pôles 6 chambre 16), il résulte qu'il n'existe pas, en France, de méthode cohérente (efficace serait une autre question) de traitement du contentieux économique.

Par ailleurs, et en second, les affaires économiques ont très souvent pour fondement un contrat, un contrat d'affaires, dont le juge de droit commun est le tribunal de commerce, composé de juges non professionnels, tandis que les appels sont portés devant une chambre commerciale d'une Cour d'appel, composée de juge professionnelles qui, par hypothèse, ne sont pas issus d'une formation de première instance où des « affaires économiques » étaient traitées.

A la question, les juridictions françaises sont-elles adaptées aux contentieux économiques (internes), la réponse est donc globalement négative.

S'agissant du contentieux économiques transnationaux, la question de la compétence est essentiellement celle des juridictions parisiennes dont l'attractivité pourrait être renforcée par le retrait du Royaume Uni de l'Union européenne et, par conséquent, de l'espace judiciaire européen, ce qu'un rapport avait particulièrement souligné en 2017<sup>58</sup>.

C'est face à cet ensemble de question que le Haut Comité juridique de la Place Financière de Paris a lancé la réflexion, via un rapport de Guy Canivet<sup>59</sup>, visant à identifier une ou des juridictions spécialisées constituées de juges spécialisés, sensibles aux contentieux économiques internationaux, à la *common law* et pratiquant parfaitement l'anglais, naturellement, face à des cabinets d'affaires, anglais ou américains en France (plus de 2500-3000 avocats, pour un chiffre d'affaires de 1,5 milliards d'euros) ou français (500 avocat, chiffre d'affaires de 300 millions d'euros), outre des avocats inscrits dans plusieurs barreaux nationaux, des juristes d'entreprises affutés, et donc un ensemble de juristes parfaitement en mesure de se présenter devant un tribunal arbitral, une juridiction étrangère et, donc, une chambre commerciale internationale à Paris, à supposer qu'une telle « offre de justice » soit proposée, comme c'est déjà le cas à Dubaï, Doha, Singapour ou, plus proches, en Allemagne ou aux Pays-Bas.

Le résultat, à travers deux protocoles conclus entre le Barreau de Paris et la Cour d'appel de Paris, « en présence de la Ministre de la Justice » et le tribunal de commerce de Paris, est la constitution de la CCIP-CA, présidée par François Ancel (que les spécialistes de droit des contrats connaissent pour avoir été en tête de la réforme du droit des contrats, en 2016 et avant de la réforme du droit de l'arbitrage en 2011). Des protocoles : aucune règle dans le COJ ou le CPC pour une innovation majeure, « où une large place est laissée à l'utilisation de la langue anglaise et à la preuve testimoniale » pour appliquer, au fond « le droit français ou toutes autres règles de droit étranger » ; Le protocole considère que la CCIP-CA est

<sup>58</sup> Rapport sur les implications du Brexit dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris du 30 janvier 2017 : [https://ibfi.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/HCJP/Rapport\\_05\\_F.pdf](https://ibfi.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/HCJP/Rapport_05_F.pdf).

<sup>59</sup> Préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires, 3 mai 2017 : [http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport\\_chambres\\_internationales.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport_chambres_internationales.pdf)

compétente pour « connaître des litiges qui mettent en jeu les intérêts du commerce international » et plus généralement « les litiges de nature économique et commerciale à dimension internationale » : « litiges en matière de contrats commerciaux et rupture de relations commerciales, litiges en matière de transports, litige en matière de concurrence déloyale ; action en réparation à la suite de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, litiges en matière d'opération sur instruments financiers, conventions-cadres de place, de contrats, d'instruments et de produits financiers », etc.

Outre la langue, le français en principe, mais autorisant la production de pièces et des témoignages en anglais, ce sont surtout des règles cardinales de procédures qui sont aménagées, vers celles de la *common law*, dont le consentement des parties à l'application du protocole, une audience sur les demandes d'audition d'experts ou de témoins, la possibilité d'interrogatoires croisés, c'est au final une « philosophie » du traitement judiciaire du contentieux économique qui sort transformée de cette innovation.

Installée fin 2018, la CCIP-CA a rendu de nombreuses décisions, disponibles sur le site de la CCIP-CA, dont la lecture montre l'ampleur du besoin : c'est, en une grosse année, un panel des principales questions du droit du commerce international qui y sont abordées.

**D. Mainguy**

## **B. Droit de l'arbitrage**

**7. Les diligences de l'arbitre avocat d'affaires (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 oct. 2019, n°18-15756, AVME, obligation de révélation de l'arbitre avocat d'affaires).** Les avocats d'affaires sont les premiers promoteurs de l'arbitrage, interne et surtout international, comme ils sont les maîtres du contentieux économique, des montages juridiques complexes et, au final, d'une certaine forme de maîtrise d'une justice alternative, faite de négociation, de recours à la médiation (conventionnelle) et bien entendu à l'arbitrage, c'est-à-dire de méthodes faisant prévaloir l'efficacité matérielle sur l'efficacité formelle. Ils sont regroupés en associations professionnelles diverses, internes ou internationales, participent à des conférences, rédigent des publications, et sont organisés en « firmes », parfois de taille impressionnante, souvent constituées en réseau.

Le revers de cette médaille est à trouver dans la pratique de l'arbitrage, mais que l'on pourrait étendre à celle de la méditation, voire à la pratique nouvelle de l'avocat enquêteur ou de l'avocat expert dans les procédures de compliance (cf. supra, n°2), notamment au temps de la constitution d'un tribunal arbitral où un tel avocat d'affaires est désigné comme arbitre par une partie, c'est-à-dire au stade de l'exécution de son obligation de révélation de tout fait qui serait ou pourrait être, dans l'esprit des parties, de nature à créer un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité.

Au titre des ces faits, viennent, en premier, la participation du cabinet dans lequel il évolue, à quelque titre que ce soit, dans un dossier touchant directement ou indirectement les parties (une filiale, une société sœur ou cousine, la société mère, disons le « groupe »), alors même que cette participation, majeure, importante ou discrète pourrait être ignorée de l'arbitre pare qu'elle relève d'une autre équipe, d'un autre pays.

De ce point de vue, la jurisprudence a considérablement évolué. Sans revenir sur l'ensemble du sujet, deux séries d'arrêts ont permis de circonscrire l'objet des révélations que l'arbitre doit réaliser et donc des recherches, internes, qu'il doit effectuer.

Etant entendu que l'obligation de révélation n'est pas une longue confession, il résulte que seuls les faits pertinents doivent être révélés, c'est-à-dire ceux qui ne sont ni dérisoires, ni notoires, sous le contrôle, compliqué parce qu'anticipé, de doute raisonnable qui pourrait naître dans l'esprit de l'une ou l'autre des parties. Par conséquent, si sont considérés comme non pertinents les liens académiques entre arbitres, entre un arbitre et une partie ou son conseil<sup>60</sup>, des liens importants de ce type peuvent justifier un doute qui justifie une révélation ou à tout le moins une explication<sup>61</sup>. De même les faits notoires sont considérés comme ne devant pas être révélés, c'est-à-dire les faits ordinairement connus ou aisément accessibles<sup>62</sup>. Par conséquent, une telle exception de notoriété permet à l'arbitre d'éviter de révéler ces faits, et implique, en retour, un *devoir de réaction* des parties et une conséquence sur les délais de récusation. La difficulté, évidemment est double, faire la part des choses et en mesurer les

<sup>60</sup> Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2011, Rev. arb. 2011, p. 761, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2012, D. 2012, p. 2425, note B. Le Bars, Procédures 2012, n°284, obs. L. Weiller, Paris, 14 oct. 2014, D. 2014, pan. p. 2550, obs. Th. Clay.

<sup>61</sup> Versailles, 22 oct. 2019, n°18/03519, Dalloz actu, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques (pas d'annulation).

<sup>62</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2017, *République de Guinée Equatoriale*, n°16-17.108, D. 2017, p. 1306, p. 2559, obs. T. Clay, RTD com. 2017, p. 842, obs. E. Loquin.

conséquences notamment le point de départ des délais ouverts aux parties pour entamer une procédure de récusation d'un arbitre en cas de doute (et donc du devoir de réaction).

La part des choses est impossible, entre les faits notoires, aisément accessibles, et les faits non notoires, qui supposent au contraire des recherches précises, laissant place à une « zone grise », celle des faits qui ne sont ni aisément accessibles ni discrets et qui peuvent, ou non, créer un doute dans l'esprit des parties.

Les conséquences, surtout, permettent de mesurer l'importance et l'enjeu de la question.

Il s'agit d'abord de mesurer les informations et faits qui doivent ou ne doivent pas être révélés, à l'aune de la jurisprudence ou des IBA Rules sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

C'est ici que les difficultés commencent, à propos des faits entrant dans cette zone grise. Les faits révélés, en premier, (peu important qu'ils soient notoires ou non, font démarrer les délais de récusation. Par ailleurs, s'agissant des faits notoires, qui n'ont donc pas à être révélés, les délais courent dès l'acceptation de la mission, de sorte que c'est pendant ce délai que le devoir de réaction doit se manifester. Une réserve cependant est apparue à l'aune de l'arrêt *AVME* du 3 octobre 2019<sup>63</sup> qui fait suite à l'interminable affaire *Tecnimont*<sup>64</sup>. Pour résumer cette dernière, un arbitrage CCI, trois arbitres dont un, le président fait l'objet de doutes dans

---

<sup>63</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 oct. 2019, *AVME*, n°18-15.756, D. actu. 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marquès, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, après Paris, 27 mars 2018, *AVME*, n°16/09386, D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay, Rev. arb. 2019, p. 522, note L.-C. Delanoy, Gaz. Pal. 24 juill. 2018, p. 19, obs. D. Bensaude, RLDA 2018, p. 138, obs. H. Guyader.

<sup>64</sup> Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont*, Rev. arb. 2009, p. 189, note Th. Clay, D. 2009, p. 2959, sp., p. 2964, obs. Th. Clay, LPA 21 juill. 2009, p. 4, note M. Henry. Adde : L. Degos, La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris *J&P Avax SA c. Tecnimont SPA* du 12 février 2009, Cah. arb. 2011. 54. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 4 nov. 2010, n°09-12.716 (cassation), D. 2010, p. 2939, obs. Th. Clay, JCP 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvéna, Reims 2 nov. 2011 (renvoi), Rev. arb. 2012, p. 112, note M. Henry, Cah. arb. 2011, p. 1109, note Th. Clay, RTDcom. 2012, obs. E. Loquin, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2014, n°11-26.529 (cassation), D. 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 1986, note B. Le Bars, p. 2541, obs. Th. Clay, Cah. arb. 2014, p. 547, note Th. Clay, Procédures 2014, n°269, obs. L. Weiller, Rev. arb. 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani, JCP G 2014, 857, n°4 ? obs. Ch. Séraglini, Paris, 12 avr. 2016, n°14/14884, D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay, RTD civ. 2016, p. 856, obs. H. Barbier, Rev. arb. 2017. 234, note E. Loquin, p. 949, note M. Henry, Cah. arb. 2016. 447, note T. Clay, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 2018, n°16-18349, D. actu., 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marquès, D. actu.. 1<sup>er</sup> févr. 2019, obs. C. Debourg, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, Procédures 2019, Etude 8, obs. L. Weiller, JCP E, 2019, 177, note A. Constans.

l'esprit de la société J&P Avax, adversaire de la société *Tecnimont*, présentés de manière tardive devant la CCI. La sentence est rendue et une action en annulation est engagée sur le fondement de l'article 1520-2<sup>o</sup> du Code de procédure civile. L'enjeu : la question de savoir si le président du tribunal arbitral, *off counsel* dans un cabinet d'avocats important ayant des liens avec la société *Tecnimont*, ses sociétés mères et filiales devait révéler ces faits et si ces faits, survenus avant et après la constitution du tribunal arbitral, étaient ou non notoires. Si la Cour d'appel de Paris avait, en 2009, considéré de manière retentissante que ces faits auraient dû faire l'objet d'une révélation. Puis deux autres arrêts d'appel et trois de cassation ont contribué à en atténuer la portée, d'abord sur le terrain de la recevabilité de l'action s'agissant des faits antérieurs, du fait de la procédure de récusation rejetée par la CCI (CPC, art. 1466) et des faits postérieurs, mais notoires, et qui « n'étaient pas de nature à aggraver de manière significative ses doutes sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre »<sup>65</sup>. Il en résultait l'existence d'une « obligation de curiosité » selon le bon mot d'Eric Loquin<sup>66</sup> et d'un devoir de réaction rapide. Dans ce contexte, l'arrêt *AVME* se présente de manière voisine, dans un litige intéressant des contrats de distribution conclus entre une société qatari, SBA, et la société émirati Audi-VAG Middle East (AVME), donnant lieu à une sentence, dont l'annulation était demandée sur le fondement de l'article 1520, 2<sup>o</sup> du Code de procédure civile, l'un des arbitres (celui désigné par SBA) n'ayant pas révélé les liens existants entre son cabinet d'avocats et l'une des parties (AVME), faits découverts postérieurement à la sentence, et établis par des publications dans un annuaire professionnel, avant et après les sentence. La Cour rejette le pourvoi : « la cour d'appel a exactement décidé que si l'existence d'un contrat exécuté en 2010 par le cabinet H pour la Volkswagen Bank devait être regardée comme notoire du fait de sa publication avant le début de l'arbitrage dans un annuaire professionnel connu de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands, en revanche, AVME n'était pas tenue de poursuivre ses recherches après le début des opérations d'arbitrage et il incombaît à l'arbitre d'informer les parties de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité survenant après l'acceptation de sa mission ; Attendu, ensuite, que l'arrêt relève que la mission confiée pendant l'arbitrage par la société Porsche au cabinet H, revêtait une incontestable importance aux yeux de ce dernier, pour figurer, comme suffisamment notable, au titre de

---

<sup>65</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 déc. 2018, préc.

<sup>66</sup> E. Loquin, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2017, RTDcom. 2017, p. 842.

sa communication, dans le « top 5 » en 2014 et 2015 de ses dossiers les plus remarquables ; que par ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision sur l'existence d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité de [l'arbitre] ». L'arbitre n'avait donc pas à informer les parties de faits, notoires, antérieurs, mais aurait dû informer des faits notoires postérieurs, et même concomitants, en raison de l'importance économique de ceux-ci pour son cabinet.

Restent enfin, les faits non révélés et non notoires et qui sont soit dérisoires pour l'arbitre, soit au contraire, pertinents mais qu'il souhaite taire aux parties.

Dans tous les cas, qu'un fait ait été révélé ou découvert par les parties, celles-ci doivent réagir, soit passivement, en acceptant la situation telle qu'elle se présente (ce qui est, tout de même, la majorité des cas) ce qui est, en soi, une forme de réaction, qui purge alors l'obligation de révélation, soit activement, en exerçant un recours, devant le juge d'appui, ou l'institution arbitrale (mais dont la décision ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée), en vue d'une récusation, peu important les éléments préalables (courriers, opposition à la désignation, etc.) dans le délai légal ou conventionnel, de manière à évincer l'irrecevabilité tirée de l'article 1466 du Code de procédure civile, de l'estoppel de manière plus générale.

Reste alors l'hypothèse de l'action en annulation de la sentence pour non révélation d'un fait. Les cas sont donc multiples. Le plus facile est l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pas réagi après la déclaration d'indépendance et d'impartialité, provoquant la présomption de renonciation au recours, ou dans laquelle le juge d'appui devant lequel un recours en récusation a été exercé l'a *rejeté* : l'autorité de la chose jugée fait obstacle à l'examen des mêmes faits, sauf donc s'il s'agit de faits nouveaux, postérieurs donc à la constitution u tribunal. Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle un recours a été exercé devant l'institution d'arbitrage : dénuée d'autorité de la chose jugée, la décision est indifférente mais le recours est nécessaire pour évincer le jeu de l'article 1466 du Code de procédure civile (avantage donc à l'arbitrage institutionnel où les faits peuvent être examinés deux fois). Enfin, dans tous les autres cas (un recours ne peut plus être exercé, l'article 1466 n'est pas opposé ou l'est mal), alors, le juge de l'annulation appréciera les faits en tant qu'ils sont (ou auraient pu être) de nature à créer un doute raisonnable dans l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Reste, enfin, le cas de la

fraude, de la collusion entre arbitres, de la corruption, etc., par exemple identifiés dans l'affaire Tapie par exemple.

Les diligences dues par l'arbitre avocat d'affaires, situation usuelle, est donc plus complexe que le simple fait de délivrer une déclaration d'indépendance et d'impartialité : elle suppose un travail de recherche des éventuels faits pouvant faire émerger un doute (et la plupart des grands cabinet disposent d'une entité en charge de ce type de recherche), qui s'agissant des faits notoires, à les supposer définis, impose d'une part un devoir de réaction rapide des parties, mais encore un devoir de révélation, même de faits notoires, lorsque ceux-ci surviennent après la constitution du tribunal arbitral. Rudes tâches...

**D. Mainguy**

**8. Pour quelques dollars de plus... (Cour d'appel La Haye, 18 févr. 2020, Yukos).** Ce que l'on désigne comme « l'affaire Yukos » fait référence à un arbitrage rendu dans un litige opposant la société GML Ldt, rassemblant les actionnaires majoritaires de la société pétrolière Yukos, à la Fédération de Russie. En 2005, GML a engagé une procédure d'arbitrage sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Energie adopté à La Haye le 17 décembre 1991 et entré en vigueur en 1998, notamment son article 13 qui prohibe les expropriations sans compensation adéquate et effective, alors que les principaux actifs de la société Yukos avaient été transféré aux sociétés Rosneft et Gazprom, contrôlées par la Fédération de Russie, sur la base d'accusation de fraude et d'irrégularités fiscales à l'endroit de son dirigeant, M. Khodorkovsky, opposant politique de M. Poutine. Cette situation conduit à la faillite de Yukos, compagnie créée sur les ruines de l'URSS par décret, en 1993 et dirigée, l'emprisonnement de ses dirigeants, conduisant à une condamnation de la Russie par la CEDH en 2011, et son démantèlement.

*Acte I.* Le tribunal arbitral siégeant à La Haye avait rendu, le [18 juillet 2014](#) [trois sentences finales](#)<sup>67</sup>, après trois sentences partielles, recevant sa compétence et condamnant la Fédération de Russie au paiement de dommages et intérêts pour un montant de 50 milliards de dollars, 60 millions au titre des frais d'avocats et 4,2 au titre des frais d'arbitrage, ce qui en faisait la plus grosse condamnation de l'histoire de l'arbitrage.

*Acte II.* Les sentences finales avaient reçu exequatur par le président du tribunal de grande instance de Paris le 1<sup>er</sup> décembre 2014, à la suite duquel

---

<sup>67</sup> Rev. arb. 2015, p. 610, obs. S. Lemaire.

des mesures d'exécution permettaient de saisir des actifs de la Fédération de Russie à hauteur de un milliard d'euros, notamment des créances relatives au terrain sur lequel l'église orthodoxe de Russie devait être construite, le gel de titres détenues dans la chaîne d'information Euronews, etc.

*Acte III.* Ces mesures d'exécution étaient contestées par la Fédération de Russie qui obtenait mainlevée en 2016, confirmée par la Cour d'appel de Paris le 27 juin 2017.

*Acte IV.* La Fédération de Russie avait engagé une action en annulation devant le juge du siège, le tribunal du District de La Haye, sur le fondement, notamment, de l'incompétence du tribunal arbitral. Au passage une telle demande d'annulation était possible parce que l'arbitrage sous l'égide du TCE était un arbitrage d'investissement mais non soumis au règlement du CIRDI mais ici de la Cour Permanente de la Haye, supposant donc un recours devant le juge de la validité du siège de l'arbitrage. Or, le Tribunal arbitral de La Haye annulait le [20 avril 2016](#)<sup>68</sup> la sentence sur le fondement de ce que la Fédération de Russie avait signé en 1994 le Traité sur la Charte de l'Energie mais ne l'avait pas ratifié (soumis à la Duma courant 2014, l'approbation n'avait pas connu de suite) de sorte que, en application de l'article 45-1 du Traité sur la Charte de l'Energie, seules les dispositions compatibles avec le droit russe pouvaient lui être opposées, alors que le recours à l'arbitrage de son article 26 ne faisait pas partie des dispositions applicables à titre provisoire, emportant l'incompétence du tribunal arbitral. De manière plus précise, le Tribunal arbitral avait retenu une approche globale de la question de l'application provisoire et de la compatibilité avec le droit russe, fondée sur des décisions CIRDI, notamment *Kardassopoulos c. Géorgie*<sup>69</sup>, tandis que, à l'inverse, le juge de l'annulation retenait la position russe. Refusant toute autorité à l'affaire *Kardassopoulos*, d'ailleurs présidée par le même arbitre que celui des sentences Yukos, et préférant une analyse disposition par disposition s'agissant de la compatibilité avec le droit russe, et donc la compatibilité de l'offre d'arbitrage de l'article 26 du TCE avec le droit russe. Méthodologiquement, rien à redire, c'est même plutôt la bonne méthode. Précisément, le droit russe autorise les investisseurs à opter pour un « tribunal arbitral ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ». Or la loi fédérale russe (LFI) sur les investissements étrangers du 4 juillet 1991 (art. 9) valide l'arbitrage d'investissement,

<sup>68</sup> Rev. arb. 2016, p. 623, obs. M. Laazouzi.

<sup>69</sup> T. CIRDI, ARB/05/18, décision sur la compétence, 6 juillet 2007.

comme la LFI du 9 juillet 1999 (art. 10) et que la proposition de ratification à la Duma ne présentait aucune réserve quant à cette question. C'est donc en jouant sur l'interprétation, dans le détail, des propositions russes<sup>70</sup>, que l'on peut considérer que le Tribunal s'est laissé séduire par cette interprétation.

*Acte V.* L'annulation de la sentence dans le pays du siège n'empêche pas l'exécution de la sentence en France, en application de la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*, de sorte que la question de l'efficacité des sentences Yukos en France demeurait d'actualité. Or, le contexte français avait été modifié par la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016 qui introduisait de nouvelles règles en matière d'immunité d'exécution, renforçant celles-ci, notamment en ce que l'adhésion à un règlement d'arbitrage prévoyant la renonciation à l'immunité d'exécution n'est pas considérée comme une renonciation suffisante et donc efficace à cette immunité. Or, par trois arrêts du 27 juin 2017, la Cour d'appel de Paris avait prononcé la réouverture des débats dans le cadre de l'appel contre les ordonnances ayant accordé l'exequatur de sentences Yukos, alors, finalement, que GML abandonnait ce terrain pour se concentrer sur l'appel développé contre le jugement d'annulation du tribunal du District de La Haye de 2016.

*Acte VI.* La Cour d'appel de La Haye réformait le jugement de première instance, et ravivait ce faisant les sentences Yukos le 18 février 2020. Elle se fondait d'une part sur l'article 1065, 1, a) du Code hollandais de procédure civile qui fonde le recours en annulation en cas de non existence d'une convention d'arbitrage valide, le Traité sur la Charte de l'Energie et la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, notamment ses articles 31 et 32. Ces derniers définissent les règles générales d'interprétation d'un traité, imposant une interprétation de bonne foi, dans son « contexte » et « à la lumière de son objet et de son but ». Or le contexte suppose l'appréciation, par exemple de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité ». Par ailleurs, la Cour avait considéré les articles 39, 44 (entrée en vigueur) et 45 (application provisoire pour les dispositions non incompatibles avec le droit national) du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE), l'article 45 tant conforme à l'article 25 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traité. Dès lors, la cour considère que le recours à l'arbitrage sur le fondement de l'article 26 du Traité sur la Charte de l'Energie n'est pas contraire à la Constitution, aux lois et aux règlements de la Fédération de Russie. En outre, la Cour

---

<sup>70</sup> comp. M. Laazouzi, obs. préc. sp. p. 630 s.

rejetait les arguments relatifs à la fraude par laquelle les actionnaires seraient, avant le développement de l'affaire, devenus propriétaires des titres en jeu, développés par la Fédération de Russie. Celle-ci a formé un pourvoi contre l'arrêt d'appel, une suite est donc à venir.

**D. Mainguy**

**9. Après l'affaire *Achmea*, l'appel à la « résistance » contre l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne.** L'arbitrage d'investissement, promu par le traité de Washington du 18 mars 1965 à l'origine du Règlement CIRDI est un instrument essentiel, et exceptionnel (au plan juridique), pour garantir la protection des investissements par un opérateur privé étranger dans Etat. Le développement des Traité Bilatéraux d'Investissement (TBI, plus de 2500) et, à compter de 1990, la technique dite du consentement « dissocié » à l'offre d'arbitrage prévue dans le TBI qui fait que même si la convention conclue par l'opérateur privé ne contient pas de clause compromissoire, l'Etat est censé l'avoir acceptée par anticipation, via le TBI, font de cette méthode particulière de règlement des litiges un outil très important, sinon essentiel, avec ce paradoxe que l'investisseur, désormais, entend, par le recours à l'arbitrage d'investissement garantissant ses intérêts, se prémunir de tout risque, très loin donc de l'entrepreneur schumpétérien, y compris du risque de changement de réglementation de l'Etat d'accueil, de sorte que les contentieux, autrefois liés à des expropriations directes, sont désormais fondés sur des « mesures équivalentes à une expropriation ». L'ensemble fonde un certain nombre de critiques majeures, y compris au sein de l'Union européenne, qui comprend des Etats liés par des TBI, notamment les Etats les plus récemment entrés dans l'Union européenne. Ces critiques ont été reçues de manière retentissante dans l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018<sup>71</sup> qui avait décidé que l'offre d'arbitrage, contenue dans un traité bilatéral d'investissement (renvoyant au CIRDI) conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie était incompatible avec le droit de l'Union européenne. Incompatible au point que la Commission européenne réagissait ensuite dans une Communication au Parlement européen et au

---

<sup>71</sup> CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16, Rev. arb. 2018, p. 424, note S. Lemaire, D. 2018, p. 2005, note V. Korom, p. 1934, obs. S. Bollée, p. 2448, obs. T. Clay, Rev. crit. DIP 2018, p. 616, note E. Gaillard, RTD eur. 2018, p. 597, étude J. Cazala, p. 649, obs. A. Hervé, 2019, p. 464, obs. L. Coutron. Adde S. Lemaire « Arbitrage d'investissement et Union européenne », Rev. arb. 2016, p. 1029.

Conseil sur la protection des investissements intra-EU du 19 juillet 2018 déclarant que « toutes les clauses d’arbitrage entre investisseurs et Etats dans les TBI intra-UE sont inapplicables et (...) tout tribunal constitué sur la base de ces clauses est incompétent. Par conséquent les juridictions nationales ont l’obligation d’annuler toute sentence rendue sur cette base et de refuser l’*exequatur* »<sup>72</sup>, interdiction étendue aux arbitrages fondés sur le Traité sur la Charte de l’Energie.

A la suite de cette Communication, 22 pays de l’Union européenne, dont la France, ont annoncé, le 15 janvier 2019, annoncé la fin des TBI intra-UE et en ont étendu les effets aux arbitrages fondés sur le Traité de la Charte de l’Energie, invitant en outre les juges étatiques à annuler les sentences rendues ou en refuser l’*exequatur*, tandis que les 6 autres admettaient, le lendemain, la fin des TBI intra-UE, mais sans l’étendre au Traité sur la Charte de l’Energie<sup>73</sup>.

Le trouble est considérable, l’incertitude également : la Cour d’appel de Paris, à propos d’une demande d’invalidation d’une sentence fondée sur le Traité de la Charte de l’Energie (TCE), autre forme d’arbitrage d’investissements, posait une question préjudiciale dans une affaire intéressant des parties extérieures à l’Union européenne<sup>74</sup> tandis que des tribunaux arbitraux refusaient d’appliquer ces décisions<sup>75</sup>.

La question est d’autant plus sensible que le 24 octobre 2019, les Etats-membres de l’Union européenne, dans une nouvelle déclaration, annonçaient la fin des TBI intra-Union européenne (190 TBI), au profit d’un nouveau « d’accord multilatéral », et ce rétroactivement dès que deux Etats-mêmes y auront adhéré, ce afin de lutter contre les « clauses de survie » assurant la prolongation des investissements après, et malgré, la dénonciation des TBI. Le problème touche les procédures pendantes : l’accord prévoit « un dialogue structurel » conduit par un « facilitateur », au mépris du respect des règles arbitrales élémentaires, que les tribunaux arbitraux constitués rejettent d’ailleurs, et la constitution d’une « cour permanente d’arbitrage en matière d’investissement » que l’accord multilatéral chercherait à promouvoir. Cette deuxième question est

---

<sup>72</sup> Communication au Parlement européen et au Conseil sur la protection des investissements intra-EU du 19 juillet 2018, Rev. arb. 2019, p. 555, obs. S. Lemaire.

<sup>73</sup> Rev. arb. 2019, p. 555 obs. S. Lemaire, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay.

<sup>74</sup> Paris, 24 sept. 2019, n°18/14721, Dalloz actu, 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marques, Gaz. Pal, 19 nov. 2019, p. 22, obs. D. Bensaude, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, à propos d’un litige entre un investisseur ukrainien et la République de Moldavie, non membres de l’UE, et alors que l’UE a adhéré au Traité de la Charte de l’Energie.

<sup>75</sup> Cf. S. Lemaire, obs. in Rev. arb. 2019, p. 555.

également sensible, cette fois au nom des règles et de la philosophie de l’arbitrage : une telle cour est-elle équivalente à un tribunal arbitral, la question est d’autant plus pertinente que le CETA, négocié et promu par l’Union européenne propose un système hybride de règlement des différends et alors que la CJUE a rendu un avis du 30 avril 2019 validant le système de résolution des conflits du CETA en ce qu’il ne menace pas le droit à bénéficier d’un juge indépendant<sup>76</sup>.

**D. Mainguy**

### **III. Substance des contentieux économiques**

#### **A. Contentieux général**

**10. Immunité d’exécution (loi sapin II), Paris 5 sept. 2019, n°19/17592.** L’une des dispositions discutées de la loi Sapin II du 9 novembre 2016 est l’insertion, tardive, dans le Code des procédures d’exécution un régime légal de l’immunité d’exécution contre les biens des Etats étranger (CPCEExéc., art ; L. 11161-1 et 2), régime innovant en ce qu’il impose d’une part les mesures d’exécution visant les biens d’un Etat étranger à une autorisation préalable d’un juge de l’exécution et à une renonciation par l’Etat à l’immunité d’exécution. Or, les conditions de cette renonciation ont été renforcées, de telle manière que les possibilités d’exercer de telles mesures d’exécution en sont considérablement réduites. Désigné par ses détracteurs comme l’« amendement russe » ou « amendement Yukos » en ce qu’il s’agirait d’une réponse aux mesures d’exécution en France contre des biens russes ordonnées dans l’affaire Yukos et ayant porté, notamment sur le terrain destiné à la construction de la basilique orthodoxe russe de Paris, ce qui avait, alors beaucoup fâché, mais présenté comme la mise en œuvre des dispositions de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l’immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, non entrée en vigueur, mais ratifiée par la France. Avant la loi Sapin II, la jurisprudence avait beaucoup évolué, sur la question des conditions de la renonciation, beaucoup plus libérales et accueillantes à de telles mesures, à l’heure, notamment de nombreux règlements d’arbitrage ou traité d’investissement, voire de la convention d’arbitrage elle-même, qui prévoient l’engagement d’exécuter

---

<sup>76</sup> CJUE, 30 avr. 2019, aff. C-17/18, D. 2019, p. 941, entretien V. Korom, p. 1956, obs. S. Bollée, JDI 2019, o. 833, note E. Gaillard, Rev. arb. 2019, p. 555, obs. S. Lemaire.

immédiatement une sentence arbitrale (et donc se pose la question de l'équivalence de cet engagement à une « renonciation » à l'immunité d'exécution).

La jurisprudence avait, dans un premier temps, considéré qu'une telle renonciation supposait une double condition, que l'Etat y ait renoncé de manière « expresse et spéciale »<sup>77</sup>, puis, dans l'arrêt *Commisimpex de* 2015<sup>78</sup> en n'exigeant plus qu'une renonciation expresse (validant donc les renonciations insérées dans un règlement d'arbitrage). Echappaient alors à l'immunité d'exécution, en l'absence de renonciation expresse, les biens affectés à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé à l'origine de la demande en justice, à la différence donc de biens affectés à une mission étatique.

Or, l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit désormais trois conditions dont l'une doit être remplie : (1) l'Etat étranger a expressément consenti à l'application d'une telle mesure (2) l'Etat étranger a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui a fait l'objet de la procédure (3) le bien visé de l'Etat étrangers soumis à la mesure d'exécution est « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par cet Etat à des fins de service public non commercial » et entretient un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ». La jurisprudence a, en outre considéré que, alors que les dispositions de la loi Sapin II ne sont pas rétroactives, « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique

---

<sup>77</sup> Cass. civ. 1ère., 28 septembre 2011, *NML Capital c. Argentine*, n°09-72.057, JDI 2012, comm. 9, p. 668, G. Cuniberti ; Gaz. Pal. 28 févr. 2012, n° 59, p. 14, note Cl. Brenner ; Rev. crit. DIP 2012, p. 124, note H. Gaudemet-Tallon; Cass. civ. 1ère, 28 mars 2013, *NML Capital c. Argentine*, n°11-10.450, 11-13.323 et 10-25.938, D. 2013, p. 1728, note D. Martel, JDI 2013, comm. 10, p. 899, note G. Cuniberti, RDC 2013, p. 1485, note M. Laazouzi, Rev. crit. DIP 2013, p. 671, note H. Muir-Watt ; Rev. arb. 2013, p. 989, note L. Franc-Menget, Cass. civ. 1ère, 5 mars 2014, *Romak c. Ouzbékistan*, n°12-22.406, D. 2014, p. 1466, A. Leborgne. Adde Ph. Leboulanger « La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ? », in *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455, D. Cohen, *Immunité d'exécution des États et arbitrage international*, LGDJ, 2015, p. 159

<sup>78</sup> Cass. civ. 1ère , 13 mai 2015, *Commissions Import Export (Commisimpex) c. Congo*, n°13-17.751, D. 2015, p. 1908, obs. I. Gallmeister, p. 1936, note S. Bollée, p. 2031, obs. L. d'Avout, p. 2588, obs. Th. Clay, JCP G 2015, 759, note M. Laazouzi, Rev. crit. DIP 2015, p. 653, note H. Muir-Watt.

impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle »<sup>79</sup> et que, pour être bien clair « ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (Cass. civ. 1ère, 28 septembre 2011, n° 09-72.057, Cass. civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle ».

Retour donc à la solution initiale, issue de l'arrêt *NML Capital* du 28 septembre 2011 : une renonciation *expresse* et *spéciale* s'impose. De manière plus précise, La renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution n'est exigée de manière expresse que lorsque l'Etat y renonce s'agissant de biens diplomatiques<sup>80</sup>, de sorte que pour les autres biens (et

---

<sup>79</sup> Cass. civ. 1ère, 10 janv.2018, n°16-22494, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2018, n°16-16511, Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 309j7, p. 22, note D. Bensaude : « Attendu, cependant, que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a introduit, dans le code des procédures civiles d'exécution, deux nouvelles dispositions ; que, selon l'article L. 111-1-2 de ce code, sont considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat à des fins de service public non commerciales les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires ; qu'aux termes de l'article L. 111-1-3, des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des Etats étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des Etats concernés ; Attendu que ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (Cass. civ. 1ère, 28 septembre 2011, n° 09-72.057, Cass. civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle ».

<sup>80</sup> CPCEx, art. L. 111-1-3 : « Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou

notamment les biens, non diplomatiques mais de souveraineté), la renonciation ne devrait être qu'expresse comme le précise un important arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 septembre 2019<sup>81</sup>.

Dans cette affaire, une sentence avait condamné la Lybie à payer une somme de 1,5 milliards de dollars à une société koweïtienne. Cette dernière avait obtenu l'exequatur de la sentence en France et avait obtenu la saisie de sommes détenues par une banque française appartenant à la *Libyan Investment Authority* (LIA) et la *Libyan Arab Foreign Investment Company* (LAFICO). Or la Cour d'appel avait considéré que la LIA et la LAFICO étaient dépourvues d'indépendance organique et sorte que les biens objets de la saisie faisaient partie du patrimoine de l'Etat.

Dans et arrêt, la Cour, interprétablait l'article 19 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 et dont les dispositions pertinentes ont été transposées par la loi Sapin II, qui dispose qu'aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où : a) L'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit; (...) », de sorte que l'engagement pris d'exécuter immédiatement une sentence arbitrale n'est pas équivalent à une renonciation expresse, dépourvue d'incertitude et d'équivoque.

Dès lors, la clause, dans un contrat d'investissement, selon laquelle un Etat s'engage à exécuter les sentences arbitrales rendues au bénéfice d'un investisseur n'est pas équivalente à une telle renonciation<sup>82</sup>, à la différence

---

destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des Etats étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas *de renonciation expresse et spéciale* des Etats concernés ».

<sup>81</sup> Paris 5 sept. 2019, préc. « Il convient, cependant, d'examiner, en premier lieu, l'existence d'une renonciation de l'État libyen à son immunité d'exécution, laquelle, s'agissant de biens dont il n'est pas discuté qu'ils ne sont pas utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de sa mission diplomatique, doit être, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, expresse et non pas expresse et spéciale, la nature des biens n'ayant à être examinée qu'en l'absence de renonciation expresse à l'immunité d'exécution ».

<sup>82</sup> CA Paris, 6 nov. 2013, n°13/11017, *Polo Garments Majunga, c. Madagascar*, Juris-Data n° 2013-025372, Paris 5 sept. 2019, préc.

de la jurisprudence antérieure<sup>83</sup>. De même la clause dans la Charte de l'énergie, renvoyant au règlement de la CCI, fondement d'un arbitrage par laquelle les parties s'engagent à exécuter les sentences sans délai et renoncent à toutes voies de recours, ne vaut pas renonciation<sup>84</sup>.

Au final donc, de cet ensemble, dans lequel se mêlent des éléments complexes liés à l'application immédiate de la loi « Sapin II » mais aussi des éléments de fonds liés aux trois conditions de l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution, on peut tirer une méthode. Il convient en effet pour qu'une mesure d'exécution contre des biens d'un Etat soient possibles que l'Etat y ait consenti, de manière expresse (ou spéciale et expresse pour de biens diplomatiques) ou que les biens soient réservés à la satisfaction de la demande, ou encore que ces biens de l'Etat ne soient pas affectés à une mission de souveraineté, c'est-à-dire est « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par cet Etat à des fins de service public non commercial » et entretient un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

**D. Mainguy**

## **B. Contentieux contractuel**

**11. Clauses d'interdiction de témoigner Paris 5 juill. 2018.** Voilà un arrêt intéressant, bien que peu surprenant, à plus d'un titre. Une salariée exerçant des fonctions de direction dans une entreprise industrielle est licenciée pour inaptitude médicale, tandis qu'elle invoque des faits de harcèlement moral, alors qu'une procédure de résiliation judiciaire était en cours, durant laquelle une transaction est conclue, contenant une clause interdisant à chacune des parties de présenter des témoignages contre l'autre. La salariée, à la suite du licenciement, engage une action et, devant la Cour d'appel, elle souhaite faire appel à des témoins pour établir le harcèlement, demande aboutissant à l'appréciation pour la Cour, de la clause de secret. Cas classique de contradiction entre l'exercice de plusieurs droits ou libertés, la liberté contractuelle, l'obligation de d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, sans motif légitime, de l'article 10 du Code civil

---

<sup>83</sup> Cass. civ. 1ère, 6 juill. 2000, *Creighton (sté) c. Qatar*, n°98-19.068, D. 2001, p. 2139, note J. Moury, RTD com. 2001, p. 409, obs. E. Loquin, Rev. arb. 2001, p. 114, note P. Leboulanger..

<sup>84</sup> Paris 15 févr. 2018, RG 17/1908 (rep. *Kazakhstan*).

(et comp. CPC, art. 205, 206 et 207). La question se posait donc de savoir si la clause d'interdiction de produire des témoignages était constitutive d'un motif légitime de refus, par le juge, d'auditionner un témoin, à la différence par exemple d'une personne tenue par le secret professionnel, comme le décide la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 5 juillet 2018<sup>85</sup>.

Encore convient-il que la clause soit valable, question non résolue par cet arrêt, à qui la question n'était pas posée. Sans entrer dans les méandres de la question, le principe de la validité de ces clauses est posé, mais cette appréciation dépend de toute une série de considérations, tenant notamment à la rédaction de la cluse ou de domaine dans lequel elle évolue, par exemple le droit du travail<sup>86</sup>. La clause ici soumise aux juges présentait toutefois une certaine originalité, dans la mesure où ces clauses sont, le plus souvent, des clauses, assez classiques, d'interdiction de révéler des informations techniques, financières, commerciales, etc., dites de « confidentialité », de « non disclosure », etc., du moins en France, dans la mesure où ces clauses sont légions aux Etats-Unis et, notamment, dans les entreprises paranoïaques du type de celles qui pullulent dans la *Silicon Valley*. La clause interdisant de produire des témoignages entre les parties a en effet principalement pour effet de faire obstacle à l'exercice de ses droits par le salarié, outre le fait que la multiplication de ces clauses aboutit à un cloisonnement complet. En outre la clause n'a d'intérêt pour l'entreprise que dans la mesure où les faits qu'il est alors interdit d'établir par des témoignages sont nécessairement des faits graves relevant éventuellement du droit pénal.

Or, et c'est ici que la portée de ce type de clause présente un grand intérêt, la question de la validité de la clause, au-delà de la question de savoir si son existence constitue un motif légitime de refuser d'apporter un témoignage. Cette dernière en effet, présente une portée essentiellement processuelle et interne. En revanche, devant un médiateur, devant des arbitres, devant des enquêteurs étrangers, au cours d'une enquête interne, la question de savoir si l'appréciation de la légitimité du motif serait équivalente se pose.

L'arrêt de 2018 apporte un argument qui peut se présenter comme processuel et substantiel : « La protection de la sécurité et de la santé au travail, ainsi que l'interdiction de comportements discriminatoires, présentent (...) un caractère de nécessité d'une valeur supérieure à la

---

<sup>85</sup> Paris, 5 juill. 2018, RDT 2018, p. 614, obs. F. Guiomar.

<sup>86</sup> E. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », Dr. soc. 2005, p. 173.

protection des intérêts privés de l'entreprise », formule qui, pesée en termes de proportionnalité, pourrait être reprise de manière voisine pour apprécier sa validité. Or, c'est le cas chaque fois que ce type de clauses fait obstacle à la mise en œuvre d'une règle d'ordre public.

## A. Caldumbide et D. Mainguy

### C. Contentieux concurrentiel

**12. L'Autorité de la concurrence croque la pomme (ADLC, Communiqué de presse du 16 mars 2020, « Apple, Tech Data et Ingram Micro sanctionnés »).** L'Autorité de la concurrence a révélé, le 16 mars 2020, par communiqué de presse, la sanction attribuée à Apple, rendue responsable de diverses pratiques anticoncurrentielles, notamment avec deux distributeurs de son réseau : Tech Data et Ingram Micro. Le montant des sanctions est astronomique – et encore jamais égalé – : Apple écope d'une amende de 1,1 milliard d'euros, tandis que Tech Data et Ingram Micro doivent supporter respectivement des amendes d'un montant de 76,1 millions et de 62,9 millions d'euros, portant le tout à 1,24 milliards d'euros. La décision fait suite à une saisine de l'Autorité par eBizcuss, ancien distributeur « Premium » des produits Apple en France.

Afin de déterminer la nocivité de ces pratiques, l'Autorité de la concurrence s'est employée à décortiquer le réseau de distribution de la marque Apple en France. La technologie en cause justifie en effet un niveau de compétence spécifique de chaque distributeur en fonction de la catégorie des produits de la marque ainsi revendue.

Les détaillants français s'approvisionnent auprès de deux grossistes de produits électroniques agréés par Apple : Ingram micro et Tech Data, des références mondiales en la matière, indépendantes l'une de l'autre.

Les revendeurs au détail sont répartis en deux catégories selon le niveau de spécialisation dont ils disposent. Sont ainsi distingués les « *retailers* », à savoir les grands distributeurs plus ou moins généralistes et les « *resellers* », les revendeurs très spécialisés. Font partie de la première catégorie les grands distributeurs généralistes, ou plus spécifiques à l'instar de Fnac. Les « *resellers* » ne font pas partie des réseaux de la grande distribution en tant que tel. Ils disposent néanmoins d'une compétence spécifique en matière de haute technologie leur permettant de prétendre à l'agrément Apple, tant en matière de vente qu'en matière de

service après vente, s'ils décident d'accéder au réseau « Premium » de la marque<sup>87</sup>.

L'ensemble de ce réseau est complété par le réseau « en propre » de la marque constituée des Apple Stores et du site Internet qui n'ont, par principe, aucun intermédiaire grossiste. eBizcuss, demandeur devant l'Autorité de la concurrence est un « *Apple Premium Reseller* » (APR). A ce titre, il s'engage à proposer aux consommateurs un environnement de haut standing, des conseils pointus en matière de technologie Apple.

C'est dans ce cadre qu'Apple a mis en place trois pratiques que l'Autorité de la concurrence considère comme anticoncurrentielles.

En premier lieu, Apple a réparti la vente de ses produits entre Tech Data et Ingram Micro : chaque grossiste ne pouvait ainsi espérer acquérir pour la revente que certains produits de la marque, bloquant également les potentiels de revente des détaillants, plus précisément les APR. En décidant de cette répartition, Apple n'a en effet pas laissé ses revendeurs agréés à l'étape du commerce de gros, libres des stocks destinés à la revente. L'absence totale de décision des grossistes en matière d'acquisition de ces stocks a donc directement un effet sur les reventes aux détaillants, ne pouvant pas nécessairement proposer les produits nécessaires en fonction de la structure concernée. Cet empêchement peut avoir pour conséquence directe de freiner les détaillants et les inciter à se retourner, si leurs capacités financières le permettent, vers le fournisseur directement. En effet les APR, au regard de leur haut niveau de spécialisation peuvent, techniquement, s'approvisionner auprès d'Apple et ce, sans intermédiaire. A cet égard, une concurrence s'installe entre les grossistes et la marque qu'ils revendent, nécessairement faussée par le mécanisme instaurée par cette dernière. Nous pouvons également imaginer les répercussions sur la concurrence entre détaillants, ne disposant pas, par essence, des mêmes avantages économiques selon le recours, ou non, à un intermédiaire grossiste. En acceptant ce système d'allocation des produits, les grossistes se sont rendus responsables d'une entente illicite, en ce sens qu'ils ont consenti à annihiler la concurrence au sens de l'article L420-1 du Code de commerce.

En deuxième lieu, l'Autorité de la Concurrence a identifié une pratique de prix imposés par Apple aux revendeurs APR. Ces derniers furent en effet lourdement invités à pratiquer des prix identiques à ceux des *Apple Stores* par le biais d'un faisceau de clauses contractuelles contraignant

---

<sup>87</sup> Apple parle alors des Apple Premium Reseller, les opposant aux Apple Authorized Reseller, qui procèdent à une revente « standard » des produits de la marque.

littéralement les revendeurs dans le cadre de la fixation des prix. Pour parvenir à un tel état de contrainte, Apple basait sa stratégie sur une politique de « prix conseillés », parfaitement autorisée en droit français<sup>88</sup>. Pour autant, les prix « conseillés » deviennent interdits si l'incitation est telle qu'elle enlève toute marge de manœuvre aux revendeurs. Ce peut être le cas notamment si l'indication donnée quant au prix est complétée par d'autres mécanismes dissimulant en réalité une véritable contrainte<sup>89</sup>. L'autorité de la concurrence releva ainsi le contrôle exacerbé de la marque sur la politique de « *communication et marketing* » des APR, obligés de suivre les consignes dictées par Apple sous menace de « *rupture immédiate et sans préavis du contrat* ». En somme, les revendeurs ne bénéficiaient d'aucune liberté quant à d'éventuelles initiatives promotionnelles. Si par extraordinaire le distributeur s'aventurait à mettre en place des promotions sans l'aval du fournisseur, la sanction était sans appel : les revendeurs témoignent de priviléges dans les livraisons pour ceux se fiant aux prix conseillés, au détriment de ceux souhaitant s'en détourner<sup>90</sup>. D'un point de vue général enfin, Apple conservait systématiquement un droit de regard sur l'activité de chaque APR, précisément sur les capacités financières, notamment en contrôlant les approvisionnements et en encourageant vivement à suivre les remises indiquées. En somme, si le revendeur désirait être viable économique, il n'avait d'autre choix que de suivre les prix conseillés au regard de l'ensemble des aspects du contrôle exercé par la marque. Au vu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité a pu constater l'existence d'une entente relevant de l'article L420-1 2° du Code de commerce, Apple ayant

---

<sup>88</sup> L'article L. 442-5 du code de commerce prohibe uniquement « *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente* ».

<sup>89</sup> Furent ainsi condamnées des impositions indirectes de prix de revente dissimulés derrières une politique de prix conseillés, accompagnés de « *menaces de rétorsions commerciales* » (Cass. Crim. 25 nov. 1991, n°91-80-159) , ou encore une stipulation d'interdiction d'initiatives promotionnelles par le revendeur (Cass. Crim. 22 août 1995, n°94-83.196).

<sup>90</sup> Ce cas de figure n'est pas sans rappeler le contexte amenant à la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 31 octobre 2000 ( n°99-86.588) dans lequel le fournisseur refusait de livrer un revendeur suite à la fixation d'un prix de revente par le revendeur qu'il jugeait trop bas.

concrètement fait « *obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché* »<sup>91</sup>.

En dernier lieu, Apple a été sanctionnée sur le fondement d'un abus de dépendance économique tel qu'énoncé à l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce. La démonstration d'un abus de dépendance économique suggérait la réunion de deux éléments : un état de dépendance économique des APR vis-à-vis de la marque et une exploitation abusive de cet état.

S'agissant de la première condition, elle fut facilement constatée par l'Autorité eu égard aux clauses particulièrement contraignantes intégrées dans les contrats d'APR. Ceux-ci prévoient notamment une quasi-exclusivité à la charge des revendeurs au moment de l'exécution du contrat ainsi qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée de six mois, interdisant toute exploitation de vente de produits électroniques de marque concurrente sur l'ensemble du territoire européen<sup>92</sup>. La dépendance des structures APR à la marque *Apple* a également été admise avec une certaine évidence au regard de l'attachement de la clientèle à Apple, laissant présager une perte de chiffre insurmontable pour le revendeur en l'absence de ces produits dans leur stock. Pour précision, afin de bénéficier de l'appellation de revendeur « Premium », les APR s'engagent à constituer leur stock à 70% par la marque Apple. Les distributeurs APR se trouvaient donc effectivement dans une situation de dépendance économique dont la marque a abusé, constituant la deuxième condition requise aux fins de sanction.

L'Autorité de la concurrence énonce, dans un second temps, qu'elle a « *identifié un ensemble de règles et de comportements mis en œuvre par Apple qui, pris ensemble, constituent un abus en restreignant de manière anormale et excessive la liberté commerciale des APR* »<sup>93</sup>. Les deux critères de la restriction constituent donc la preuve de l'abus en ce sens que l'impact de la politique mise en place par Apple sur les APR est

---

<sup>91</sup> CA. Aix-en-Provence, 23 février 2011, RG, no9/19682, l'imposition d'un prix de revente fait obstacle à la libre fixation des prix prévue à l'article L420-1 du Code de commerce et constitue naturellement une entente prohibée.

<sup>92</sup> La proportionnalité de la clause peut, par ailleurs, être tout à fait discutée, notamment s'agissant de la zone géographique concernée. Rappelons que les APR sont, par principe, de taille modeste, et qu'une interdiction d'exploitation sur l'ensemble du territoire européen semble disproportionnée au regard de leurs capacités financières.

<sup>93</sup> Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 16 mars 2020, « Apple, Tech Data et Ingram Micro sanctionnés »

disproportionné par rapport à l'attente raisonnable d'un revendeur lambda. L'Autorité de la concurrence a ainsi relevé des « *retards ou absences d'approvisionnement* » non justifiés par des éventuelles ruptures de stocks, et des comportements discriminatoires entre les APR et les Apple stores notamment, dans le cadre de ces livraisons. Ces derniers, en effet, bénéficiaient de livraison en temps et en heure de l'ensemble des produits de la gamme alors même que les APR voyaient leur stock non renouvelé. Il en était de même pour les « *retailers* », ne subissant aucunement de telles difficultés d'approvisionnement. Il a été ainsi remarqué que « *retailers* » et *Apple store* n'étaient pas, contrairement aux APR, dans une situation de dépendance économique par rapport à Apple. Les premiers, faisant partie de la grande distribution, sont tout à fait en mesure de « survivre » malgré un défaut ou un retard de livraison eu égard au grand choix de marques et de produits revendus. L'absence de dépendance économique est d'autant plus évidente pour les seconds qui font partie de la marque, et ne sont donc pas des revendeurs indépendants. Enfin, l'abus fut également déterminé au regard de l'« *incertitude sur les conditions commerciales* ». Globalement, les clauses prévues par les contrats d'APR laissaient tout loisir à Apple pour décider des capacités d'approvisionnement ainsi que des offres promotionnelles. Or, comme nous l'avons vu précédemment, ces deux données étaient empreintes d'une grande part d'approximation. Les approvisionnements dépendaient, pour l'essentiel, de la répartition opérée par le fournisseur entre les deux principaux grossistes, laissant une maigre chance aux APR de prétendre à un approvisionnement d'un panel suffisant de la gamme Apple et surtout, régulier, eu regard des nombreux retards, voire des absences, de livraisons constatés. Cette absence de constance poussait naturellement la clientèle à se retourner vers des structures plus fiables, précisément les Apple stores ou le site internet Apple. Le contrôle de la communication et du marketing par la marque est tout autant préjudiciable pour l'APR : celui-ci ne peut espérer fidéliser une clientèle par le biais d'annonces de lancements de nouveaux produits ou encore de remises sur les prix, pour lesquelles Apple reste habituellement muette contrairement aux grands opérations de communication connues dans les magasins de la firme. Il est donc apparu qu'Apple profitait très largement de la dépendance des APR pour se permettre de mettre en œuvre des « stratégies » que ces revendeurs n'ont d'autre choix que d'accepter par peur de perdre leur plus gros fournisseur. D'une part, cet abus laisse à la marque la possibilité de se dégager de certaines de ses obligations, qui constituaient pourtant la contrepartie

attendue des distributeurs qui s'étaient engagés à fournir un service Premium aux clients. D'autre part, elle a pu diriger inconsciemment la clientèle vers ses points de vente physiques et numériques, lui permettant de bénéficier d'une marge plus qu'intéressante, et ce, au détriment des autres membres de son réseau. Finalement, Apple a construit un réseau pour mieux le déconstruire, mettant ainsi en valeur la marque *stricto sensu*. Le demandeur devant l'Autorité de la concurrence, eBizcuss, a ainsi avancé son éviction pure et simple du réseau en France, causée par l'ensemble des mécanismes érigés par la marque à la pomme.

La sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence mérite d'être relevée. Elle atteint un montant record, à l'image de la gravité de la situation instaurée par Apple. Outre les stratégies d'entente constatées entre la marque et ses deux principaux grossistes, l'abus de dépendance économique a lourdement pesé dans la balance étant, selon la Présidente de l'Autorité de la concurrence, Isabelle de Silva, « *particulièrement grave* »<sup>94</sup>. On imagine aisément que le gendarme de la concurrence a entendu faire d'Apple un exemple afin de réaffirmer la grande sévérité avec laquelle elle peut sanctionner une firme d'une telle ampleur. La Présidente a d'ailleurs expliqué que la « *dimension extraordinaire (de la marque) a été dûment prise en compte* »<sup>95</sup>. Le message est donc passé pour les géants de l'industrie, électronique ou non : leur place privilégiée dans le cadre du commerce international ne les met pas à l'abri des sanctions, y compris en France, et le montant de l'amende infligée constitue, sans doute, une volonté claire de s'adapter aux niveaux d'amendes de l'Union européenne ou américaines. Bien au contraire, cette place privilégiée fait peser une charge toute particulière sur leurs épaules, les incitant à respecter scrupuleusement le jeu de la concurrence. La décision de l'Autorité, encore non publiée, mais dont le communiqué de presse révèle toute la substance, le prouve : dans le cadre du contentieux économique, David peut battre Goliath.

## C. Dutheil

**13. Covid-19 et concurrence : la survie des « champions ».** En ce contexte d'urgence sanitaire, la concurrence s'adapte. A l'instar du reste du continent, La France est au ralenti depuis le 16 mars 2020. Les dispositions sanitaires encore jamais vues, prises par l'exécutif ont

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

constraint les entreprises à mettre en œuvre des mécanismes variant selon le secteur concerné. Cette adaptation était nécessaire. Il fut essentiel d'ériger un cadre légal susceptible de garantir l'efficacité du système économique national en tant que tel, mais également en tant que rouage de l'économie européenne.

L'élan fut dans un premier temps donné par les grands acteurs européens. La Commission européenne, dans une communication en date du 13 mars 2020, annonça les enjeux : « *la flambée du coronavirus est, pour l'UE, un choc économique majeur qui appelle à une réaction économique coordonnée et déterminée* »<sup>96</sup> afin de protéger l'ensemble des entreprises européennes, « *en particulier les petites et moyennes entreprises (PME)* », inévitablement vulnérables.

Une autre communication de la Commission, datant du 26 mars 2020, encourage quant à elle les Etats membres de l'Union européenne à limiter les investissements directs étrangers (IDE). Ces derniers concernés, et nécessitant ce filtrage, sont ceux « *qui établissent ou maintiennent des liens directs et durables entre les investisseurs de pays tiers, y compris des entités publiques, et les entreprises exerçant une activité économique dans les Etats membres* »<sup>97</sup>. Le dessein est simple : ne pas succomber aux chants des sirènes lancés au-delà de l'Union européenne, et ce, tout particulièrement s'agissant des « *industries liées aux soins de santé* »<sup>98</sup>. En période d'urgence sanitaire, il apparaissait crucial d'empêcher des investisseurs étrangers de s'emparer d'une quelconque manière des entreprises européennes, menaçant ainsi la santé publique elle-même. Les craintes sont dirigées essentiellement vers la Chine et les Etats-Unis, dont la puissance est susceptible d'attirer les entreprises européennes afin d'obtenir des avantages financiers considérables. A cet égard, le 20 avril 2020, le site « France24 » publiait un article au titre particulièrement évocateur : « *Covid-19 et guerre économique : Bruxelles se réveille* »<sup>99</sup>.

Ont d'ailleurs été pointés du doigt les agissements américains et chinois au cours de la crise, notamment dans le cadre de l'industrie des soins de

<sup>96</sup> Communication de la Commission auprès du Parlement européen, du Conseil européen, de la Banque centrale européenne ainsi qu'à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe du 13 mars 2020, COM(2020) 112 final, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, pt. 1.

<sup>97</sup> Règlement 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, pt. 9.

<sup>98</sup> Communication de la Commission européenne du 26 mars 2020, 2020/C 99 I/01.

<sup>99</sup><https://www.france24.com/fr/20200420-covid-19-et-guerre-%C3%A9conomique-bruxelles-se-r%C3%A9veille>

santé, ne laissant que peu de doute sur l'état d'esprit de ces acteurs qui n'hésiteront pas à protéger, voire à faire fructifier leurs intérêts économiques et sanitaires par tous les moyens.

La Commission européenne met donc en garde les Etats membres de l'aspect néfaste d'une fuite vers l'étranger et les invite « *à utiliser tous les outils disponibles à l'échelle de l'Union et au niveau national* »<sup>100</sup>. Le ton est donné : chaque Etat membre doit faire « *pleinement usage* » des dispositifs de filtrage des IDE ou, à défaut, de les instaurer.

Aux fins de protection de l'Union européenne, la voix de la Commission est sans appel : les Etats membres doivent porter secours à leurs entreprises nationales en évitant les flux de capitaux extérieurs. En ce sens, il a été annoncé que le Réseau Européen de la Concurrence, et partant, l'Autorité de la concurrence se montreraient conciliants face aux mesures prises par les entreprises, notamment afin de garantir « *la production et la distribution équitable des produits de premières nécessité à l'ensemble des consommateurs* »<sup>101</sup>. Les entreprises sont ainsi rassurées, en tout état de cause, elles ne devraient pas être inquiétées par une éventuelle sanction fondée sur l'article 101 du TFUE, soit car aucune restriction de la concurrence ne pourra être qualifiée, soit car le gain d'efficacité résultant d'une telle restriction permettra de la compenser. L'autre objectif mis en exergue par la Commission européenne, en connexion avec le premier, est d'assurer une distribution saine et efficace des produits de santé indispensables en période d'urgence sanitaire. La compétitivité et l'accessibilité restent ainsi de mise, mettant l'accent sur la grande vigilance des autorités face à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles en la matière.

En France, la réactivité transparaît au travers d'une ordonnance du 25 mars 2020<sup>102</sup>, faisant elle même suite à l'article 11 de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020, permettant l'adaptation des délais et de la procédure en matière de concurrence pendant toute la durée de l'état d'urgence sanitaire. Les entreprises, déjà encouragées par la Commission européenne, bénéficient ainsi de mesures concrètes au niveau national. L'Autorité de la Concurrence, dans un communiqué de presse en date du

---

<sup>100</sup> Communication de la Commission européenne du 26 mars 2020, *précit.*

<sup>101</sup> ADLC, Communiqué de presse du 23 mars 2020, « Le réseau européen de concurrence adresse un message aux entreprises sur les mesures qu'elles peuvent prendre face à l'épidémie du Covid-19.

<sup>102</sup> Ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

27 mars 2020, expose ces mesures, garantissant aux entreprises une marge de manœuvre favorable à la poursuite de leur activité et partant, préservant la concurrence.

En premier lieu, l'ordonnance annonce la suspension des délais prévus par les articles L430-5 et L430-7 du code de commerce en matière de contrôle des concentrations, et ceux prévus en matière d'installation des professions juridiques réglementées au titre de la loi du 6 août 2015. La suspension est ainsi octroyée depuis le 12 mars 2020. L'ordonnance du 13 mai dernier précise désormais la date à laquelle prendront fin ces suspensions<sup>103</sup>. En matière de contrôle des concentrations, la date du 24 juin est retenue. S'agissant du délai d'un mois nécessaire à la consultation publique relative à l'installation des professions réglementées, celui-ci reprend à partir du 31 mai - s'il n'avait pas expiré avant le 12 mars -, laissant ainsi l'intégralité du mois de juin 2020 afin de répondre à ladite consultation.

En deuxième lieu, le délai de deux mois fixé en vertu de l'article L463-2 du code de commerce, laissé en réponse à une notification de griefs ou un rapport est suspendu dès le 17 mars 2020, date à laquelle les restrictions de déplacement à l'échelle nationale ont été imposées. Le délai a ainsi pu reprendre au lendemain de la fin desdites restrictions, soit le 12 mai 2020 au regard du décret n°2020-424 du 14 avril 2020. La restriction de déplacement a également conduit l'Autorité de la concurrence à mettre en place des dispositifs susceptibles de pallier à l'interaction physique habituellement nécessaire. Ce fut le cas en matière de demandes de clémence : ont alors été instituées les demandes électroniques, excluant impérativement toute autre modalité de dépôt. La plupart des actes de procédures ont également été dématérialisés afin de limiter les déplacements, alors même que l'échange par lettre recommandée avec avis de réception aurait pu justifier un déplacement afin d' « *effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle* »<sup>104</sup>. Pour autant l'Autorité de la concurrence, ayant parfaitement conscience des enjeux sanitaires inhérents à la période d'urgence, a mis en place, à titre exceptionnel, les outils électroniques nécessaires à la poursuite des activités, tout en limitant les déplacements superflus.

---

<sup>103</sup> Ord. n°2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire.

<sup>104</sup> D. n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, art. 1<sup>er</sup>.

Par ailleurs, les délais de prescription (art. L462-7 c.com) et de recours (art. L464-7, L464-8 et L464-8-1 c.com) contre l'Autorité de la concurrence ont été suspendus à compter du 12 mars 2020 jusqu'à 24 juin 2020<sup>105</sup>. Les actions qui auraient pu être engagées pendant cette période seront reçues pendant deux mois à compter de cette date.

Enfin, l'exécution de sanctions telles que les injonctions ou mesures conservatoires, est suspendue du 12 mars jusqu'au 24 juin 2020<sup>106</sup>.

L'ensemble de ces dispositions démontre deux objectifs. Premièrement, il fut question de garantir le respect des restrictions de déplacement instaurées à compter du 16 mars 2020, et ainsi s'assurer de la protection des intérêts sanitaires. Deuxièmement, au regard du respect de ces restrictions, l'administration devait permettre aux entreprises françaises de bénéficier d'outils susceptibles de préserver leur pérennité économique en période d'urgence sanitaire. La France, en tant qu'Etat membre de l'Union européenne, suit ainsi les préconisations de la Commission, encourageant l'optimisation des ressources propres à la conservation des entreprises européennes. La communication européenne, précitée, en date du 13 mars érigeait ainsi « *la solidarité au sein du marché unique* » et la coordination en tant que lignes de conduite de l'ensemble des Etats membres, tant sur le plan sanitaire, que sur le plan économique global. L'effort a été demandé de toute part. Le 29 mai 2020, l'Union européenne consolida cette ambition, en proposant la création d'un fonds de 15 milliards d'euros au soutien des entreprises « *stratégiques* »<sup>107</sup> naturellement affaiblis par la crise sanitaire de la Covid-19.

Il ne fait aucun doute que la crise actuelle a lourdement perturbé la concurrence mondiale. Plus que jamais, l'Union européenne cherche à mettre en avant les atouts dont elle dispose face aux puissances économiques outre-Atlantique et chinoise. Pour ce faire, la protection de ses « *champions* » est indispensable. Si le soutien économique sera certainement nécessaire, les aménagements juridiques, précisément en matière de concurrence, furent – et demeureront – un élément « clé » afin de protéger les entreprises françaises, et plus généralement européennes d'une situation de blocage irrémédiable.

**Camille Dutheil**

---

<sup>105</sup> Ord. n°2020-560 *précit.*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> <https://fr.reuters.com/article/businessNews/idFRKBN23522D>

**14. Réparation intégrale et concurrence déloyale : la timide reconnaissance de la spécificité des lésions économiques en droit de la responsabilité civile (Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, SARL Cristallerie de Montbron / SA Cristal de Paris).** « *Le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » selon la formule empruntée au Doyen Savatier<sup>108</sup>, reprise et complétée par la jurisprudence<sup>109</sup>. Mais « *le propre de la responsabilité civile* » est-il *uniquement* de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ? La question se pose s'agissant de certaines lésions dont la spécificité rend difficile l'observation de ce principe. C'est le cas notamment des préjudices consécutifs à des actes de concurrence déloyale. Dans ce domaine spécifique, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que la réparation ne doit pas seulement se fonder sur ce principe de la réparation intégrale dans un arrêt rendu le 12 février dernier.

En l'espèce, la société Cristallerie de Montbronn reproche à l'une de ses concurrentes, la société Cristal de Paris, des pratiques commerciales trompeuses. Cette dernière présentait, dans son catalogue et sur son site internet, ses produits comme étant « *Made in France* » alors qu'ils étaient fabriqués, taillés et polis en Chine et en Europe. De plus, dans sa publicité, présente sur son site internet ainsi que sur les étiquettes de ses produits, elle se présentait comme un « *spécialiste de la taille* », un « *haut lieu du verre taillé* » et arguait de la « *grande technique de ses produits* ». La société Cristallerie de Montbronn l'assigne donc aux fins de cessations de ces pratiques illicites et en indemnisation de son préjudice.

Le Tribunal de commerce de Paris<sup>110</sup>, puis la Cour d'appel de Paris<sup>111</sup> constatent l'existence d'actes de concurrence déloyale par pratique

---

<sup>108</sup> R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 601, p. 177.

<sup>109</sup> V. not., Cass. req., 5 mars 1940 : *DH* 1940, p. 111. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 octobre 1954 : *Bull. civ.* II, n° 328, p. 222 ; *JCP* 1955. II, 8765, note R. Savatier ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 10 ; *RTD civ.* 1955, p. 324, n° 34, obs. H. et L. Mazeaud. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1963 : *JCP* 1963. II, 13408, note Esmein. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 décembre 1966 : *D.* 1967, p. 169. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 novembre 1966 : *Bull. civ.* II, p. 640. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 mai 1972 : *JCP* 1972. IV, 164. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 1981 : *Bull. civ.* II, n° 156. – Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 février 1982 ; *JCP*, II, 19894, note J.-F. Barbiéri. – Cass. crim., 12 avril 1994 : *Bull. crim.*, n° 146. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 1995 : *JCP G* 1995. IV, 1501.

<sup>110</sup> Tribunal de commerce de Paris, 15ème chambre, 29 février 2016, n° 2014014668.

commerciale trompeuse et tromperie. Les juges du fond estiment en effet que les pratiques alléguées sont bien de nature à tromper les consommateurs moyens sur la composition des produits et la fabrication en France de ces derniers en ce qu'elles sont susceptibles d'altérer de manière substantielle leur comportement. En conséquence, ils allouent à la demanderesse la somme de 300 000 euros en réparation de son préjudice. Pour évaluer ce préjudice, la Cour d'appel – qui reprend sur ce point les motifs du tribunal de commerce – relève que la demanderesse employait huit tailleur quand la défenderesse n'en employait que deux pour l'équivalent d'un mi-temps. Ce faisant, la seconde avait un coût de revient beaucoup plus bas que la première. Cette économie fondée sur la différence de prix de revient, injustement réalisée, est ce qui justifie la réparation de 300 000 euros allouée à la victime. La société Cristal de Paris forme un pourvoi en cassation, contestant notamment cette méthode d'évaluation du préjudice. Elle estime en effet que la Cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du Code civil en prenant en compte cette économie « *alors que la réparation du préjudice doit correspondre à ce dernier, sans qu'il puisse en résulter ni perte ni profit pour la victime, et ne saurait être fixée en considération du profit ou de l'économie réalisé par l'auteur du dommage* » (§3).

Le 12 février 2020, le pourvoi est rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation avec une pédagogie remarquable.

- La chambre commerciale rappelle, en premier lieu, la formule dégagée par le Doyen Savatier<sup>111</sup> et appliquée par la jurisprudence (§4).
- Elle rappelle, en second lieu, sa jurisprudence constante en vertu de laquelle les juges du fond apprécient « *souverainement le montant du préjudice* » dont ils « *justifient l'existence par l'évaluation qu'ils en ont fait* » (§5 et les arrêts cités par la Cour). Elle précise cependant que le juge ne peut en aucun cas allouer une réparation forfaitaire, entendue comme un montant qui serait sans rapport avec l'étendue du préjudice subi, et que, par ailleurs, le juge est tenu d'évaluer le dommage dont il a constaté l'existence dans son principe (§6).
- En troisième lieu, elle revient sur la présomption de préjudice qu'elle a elle-même dégagée et en vertu de laquelle « *il s'infère*

---

<sup>111</sup> Paris, Pôle 5, chambre 1, 10 septembre 2017, n° 16/05727.

<sup>112</sup> R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil*, préc. et la jurisprudence citée *supra*.

*nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale* » (§7). La Cour justifie l'utilité de cette présomption en ce qu'elle « répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer » (§8).

Faisant preuve d'une extrême pédagogie, la Cour explique en effet que « si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des conséquences économiques négatives pour la victime, soit un manque à gagner et une perte subie, y compris sous l'angle d'une perte de chance, tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu » (§9).

La Cour poursuit en admettant que lorsque le contentieux se porte sur cette dernière hypothèse, « il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes » (§10).

Dans une approche inédite, la Haute juridiction approuve ainsi le raisonnement des juges du fond qui avaient évalué le montant des dommages et intérêts alloués en fonction, non du préjudice effectivement subi par la victime, comme les y invitait le principe de réparation intégrale, mais plutôt des avantages injustement obtenus par l'auteur des pratiques litigieuses. La Cour d'appel a justement tenu compte de l'économie injustement réalisée par la défenderesse à la suite d'une pratique commerciale trompeuse pour le consommateur.

Il s'agit d'une approche absolument inédite puisque d'ordinaire, la Cour de cassation refuse de se prononcer sur la question de l'évaluation du montant des dommages et intérêts alloués à la victime. Non seulement elle

met fin au tabou relatif à l'indemnisation mais, au surplus, la Cour de cassation le fait savoir : l'arrêt est en effet promis à une très forte publicité (FS.P+B+R+I).

Au demeurant, il s'agit d'une approche inédite puisque la chambre commerciale, après avoir pris le soin de rappeler le principe de réparation intégrale, s'en détache. C'est là l'apport majeur de cet arrêt. On peut toutefois regretter que la Haute juridiction ne soit pas allée encore plus loin dans cette rupture avec le principe de réparation intégrale et avec la vision traditionnelle du droit de la responsabilité civile.

**La rupture consacrée avec le principe de réparation intégrale. –** L'arrêt commenté marque une rupture à l'égard du principe de réparation intégrale puisque la chambre commerciale admet que « *la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale* » (§10). L'indemnisation ne se fonde pas sur « tout le dommage mais rien que le dommage ». Elle est fondée sur les avantages concurrentiels issus de la pratique litigieuse. La rupture avec le principe de réparation intégrale est ainsi consacrée.

C'est bien d'une consécration dont il faut parler puisque, à bien des égards, la rupture était déjà consommée<sup>113</sup>. Si la réparation intégrale constitue la règle fondamentale s'agissant des effets de la responsabilité civile il n'est pas rare que les juges prennent certaines libertés à l'égard de ce principe, notamment dans l'encadrement des atteintes économiques<sup>114</sup>. Ces libertés sont quelques fois explicitement établies par le législateur comme c'est le cas de la prise en compte des profits indus s'agissant des actions en contrefaçon<sup>115</sup>. Une telle approche n'implique en effet aucune équivalence

---

<sup>113</sup> On ne développera pas ici les doutes sérieux quant au caractère strictement indemnitaire de l'indemnisation du préjudice moral – spécifiquement lorsqu'il touche les personnes morales – mais ils existent évidemment. L'indemnisation allouée à la victime masque souvent une volonté punitive bien loin de respecter le principe de réparation intégrale.

<sup>114</sup> V. sur ces questions, M. Cayot, *Le préjudice économique pur*, préf. D. Mainguy, éd. Institut Universitaire Varenne, Coll. des thèses, n° 151, 2017.

<sup>115</sup> Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : JORF n° 252 du 30 octobre 2007, p. 17775, qui introduit la possibilité pour le juge de tenir compte dans l'évaluation du montant de l'indemnisation allouée à la victime d'une contrefaçon de trois éléments : le préjudice économique, d'abord, l'éventuel préjudice moral, ensuite, et les « *bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retiré de la contrefaçon* ». Cette possibilité existe en matière de propriété littéraire et artistique (CPI, art. L. 331-1-3), en matière de dessins et modèle (CPI, art. L. 521-7), en matière de brevets (CPI, art. L. 615-7)

entre le montant de l'indemnisation allouée à la victime et le dommage qu'elle a effectivement subi<sup>116</sup> puisque, par essence, le juge prend en compte d'autres éléments que le seul dommage lorsqu'il se fonde sur les « *bénéfices réalisés par le contrefacteur* »<sup>117</sup>. Ces libertés ont également été prises s'agissant des actions en concurrence déloyale. La Cour de cassation a volontiers admis la possibilité pour les juges du fond de « *s'inspirer* » des règles du Code de la propriété intellectuelle « *pour évaluer le préjudice résultat d'actes déloyaux* ». En l'espèce, les juges du fond avaient ainsi pris en considération les économies réalisées par l'auteur des actes déloyaux pour évaluer le montant de l'indemnisation<sup>118</sup>. Plus encore, ce sont parfois les profits injustement réalisés par l'auteur de l'acte déloyal qui ont été pris en compte dans le calcul de l'indemnisation allouée à la victime. Ce fut notamment le cas dans un arrêt du 9 mars 2010. En l'espèce, la Cour de cassation avait approuvé le raisonnement des juges du fond qui avaient tenu compte du chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de l'acte déloyal pour évaluer le montant de l'indemnisation<sup>119</sup>.

---

et enfin, concernant les marques (CPI, art. L. 716-14). – V. déjà, avant l'introduction de cette loi, Cass. crim., 10 novembre 1881 : *Ann. propr. ind.* 1882, p. 204. – CA Amiens, 22 octobre 1930 : *Ann. propr. ind.* 1931, p. 110. – CA Paris, 5 novembre 1956 : *Ann. propr. ind.* 1957, p. 408.

<sup>116</sup> V. CJUE, 25 janvier 2017, *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, aff. C. 367/15 : Rec. num., ECLI:EU:C:2017:36, spéc. Pt 26 : « *une indemnisation calculée sur la base du double de la redevance hypothétique n'est pas exactement proportionnelle au préjudice réellement subi par la partie lésée* ».

<sup>117</sup> Encore que, s'agissant de la contrefaçon, on considère volontiers que les bénéfices injustement perçus par le contrefacteur correspondent peu ou prou ou gains manqués de la victime. V. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, Coll. *Bibl. dr. pr.*, 1995, n° 129, p. 137.

<sup>118</sup> Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-29.094 : *Comm. com. élect.* 2018, comm. n° 9.

<sup>119</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-16.752 : *Bull. civ.* IV, n° 46. – V. déjà, T. com. Paris, 5 juillet 1995 : RG n° 94/044021 et n° 94/106082. En l'espèce, le Tribunal de commerce de Paris avait tenu compte de la marge réalisée par l'auteur de l'acte déloyal et avait estimé que cette marge correspondait au chiffre d'affaires perdu par la victime : « *Attendu que cette commercialisation en fraude de leurs droits leur a fait perdre un certain chiffre d'affaires et une marge brute correspondant à ceux réalisés par la défenderesse* ». – La Cour de cassation elle-même avait déjà reconnu par le passé la prise en compte indirecte des profits indus. En l'espèce, des sociétés n'avaient pas respecté la réglementation sur les prix des livres et avaient été condamnées pour concurrence déloyale. Pour évaluer le montant de l'indemnisation, la Cour d'appel avait notamment tenu compte du nombre d'exemplaires vendus en deçà du prix minimum légal. Elle avait été approuvée par la Cour de cassation qui rejetait le pourvoi. Cass. com., 1<sup>er</sup> avril 1997, n° 94-22.129 : *Bull. civ.* IV, n° 87, p. 77 ; *JCP G* 1997, n° 1134.

Dans ces différentes affaires, toutefois, la Haute juridiction ne s'était pas intéressée spécifiquement à la question de l'évaluation du préjudice. Les libertés à l'égard du principe de réparation intégrale s'étaient donc, jusqu'ici ici, réalisées « *sous le manteau du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* »<sup>120</sup>. La Cour de cassation s'était toujours refusée à contrôler l'évaluation du montant des dommages et intérêts alloués par les juges du fond dont elle considère qu'il s'agit d'un élément relevant de leur pouvoir souverain, comme elle le rappelle en l'espèce<sup>121</sup>. Les juges, quant à eux, n'avaient aucun intérêt à étayer leur motivation s'agissant de l'évaluation du préjudice, au risque d'encourir la cassation.

Dans l'affaire commentée, au contraire, c'est la question de l'indemnisation qui était au cœur des débats. Or, la chambre commerciale admet très explicitement que la Cour d'appel avait la possibilité de tenir compte de « *l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents* » (§10) et, plus précisément, « *de l'économie injustement réalisée* » par la société (§12). Il faut dire que les juges du fond avaient fait preuve d'audace. Plutôt que de se servir du soi-disant préjudice moral qu'aurait pu subir la personne morale, ils avaient choisi de sanctionner le concurrent fautif en se fondant sur l'avantage concurrentiel injustement obtenu dans le calcul de l'indemnisation. L'atteinte au principe de réparation intégrale est évidente puisque, par essence, il n'existe aucune équivalence entre le dommage effectivement subi par la victime et la réparation allouée. L'évaluation de cette réparation se réalise du point de vue de l'auteur et de ce qu'il a retiré de l'acte déloyal.

**La rupture tempérée avec le principe de réparation intégrale. –** Une telle approche était attendue. Il ne s'agit pas de remettre en cause le principe de réparation intégrale mais il était temps de tenir compte de ses limites s'agissant des lésions économiques. Pourtant, on peut regretter que cette rupture avec le principe de réparation intégrale reste, à bien des égards, trop tempérée.

La solution retenue semble en effet cantonnée à certaines hypothèses très limitées. La Haute juridiction procède à une distinction entre les différents

<sup>120</sup> Ch. Lapoyade-Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français » in E. K. Banakas (dir.), *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer Law International, 1996, p. 89 s. ; RIDC, Vol. 50, n° 2, Avril-Juin 1998. p. 367 s.

<sup>121</sup> V. §5 et les arrêts cités tels que Cass. ass. plén., 26 mars 1999 : *Bull. ass. plén.* n° 3 ; *JCP G* 2000. I. 199, n° 12, obs. G. Viney. – Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002 (2 arrêts) : *Bull. ch. mixte*, n° 4 et 5, et les autres arrêts cités par la Cour. – La jurisprudence est, sur ce point, constante depuis Cass. civ. 23 mai 1911 : *D.P.* 1912, 1, p. 421.

cas de concurrence déloyale (§9). Elle estime que s'agissant des « *pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent* », les préjudices peuvent être « *aisément démontrés* ». Il s'agirait uniquement de conséquences économiques négatives telles qu'un manque à gagner et une perte subie, ou encore d'une perte de chance. On pense par exemple à une baisse du chiffre d'affaires de la victime. Au contraire, s'agissant du parasitisme ou des manquements à une réglementation obligatoire, les effets de la pratique sont difficiles à quantifier « *avec les éléments de preuve disponibles* ». Par contre, il est certain que ces pratiques « *permettent à l'auteur de s'épargner une dépense en principe obligatoire* » et impliquent donc un avantage concurrentiel indu. Dans cette seconde hypothèse, la Cour de cassation reconnaît donc la possibilité de tenir compte de cet avantage concurrentiel indu pour évaluer le montant des dommages et intérêts alloués à la victime. C'est ainsi la difficulté probatoire qui semble fonder la rupture avec le principe de réparation intégrale. Au demeurant, la Cour de cassation explique la présomption de préjudice existant pour les actes de concurrence déloyale par cette même difficulté probatoire (§8).

Il est évident que la démonstration du préjudice constitue, s'agissant des actions en concurrence déloyale, un véritable fardeau technique, tant pour les magistrats qui ne sont pas toujours rompus aux méthodologies économiques, que pour les victimes<sup>122</sup>. Plus encore, il s'agit d'un fardeau économique en raison du coût desdites techniques (coût auquel la Cour de cassation fait d'ailleurs référence, v. §9). Pour autant, il ne nous semble pas que ce soit cette difficulté qui fonde réellement l'exclusion du principe de réparation intégrale et le recours à des instruments autres que le préjudice.

D'abord, il nous semble que la difficulté de preuve ne se limite pas à la démonstration de l'existence du préjudice comme le suggère la Cour de cassation (§8). Comment la victime pourrait-elle démontrer l'étendue de ce préjudice quand elle n'est pas parvenue à démontrer son existence ? D'ailleurs, si cette exigence est maintenue en théorie, elle ne se vérifie pas toujours en pratique. L'évaluation de l'indemnisation demeure obscure et la motivation est souvent laconique. Au demeurant, les juges du fond qui se risquent à refuser l'indemnisation lorsque la preuve de l'étendue du préjudice n'a pas été démontrée encourrent la cassation en vertu du

---

<sup>122</sup> V. en ce sens, M. Chagny, « Quels progrès de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnитaires en droit de la concurrence », *AJCA* 2015, p. 316.

*leitmotiv* selon lequel il « *s'infère nécessairement un préjudice des actes de concurrence déloyale* » – que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation (§7).

La réparation allouée à la suite d'un acte de concurrence déloyale, ensuite, est bien souvent étrangère au préjudice effectivement subi par la victime parce que, c'est vrai, le préjudice est extrêmement difficile à démontrer. Le risque est alors celui d'une sous-indemnisation. Quand bien même la victime serait correctement indemnisée, il reste le risque – non négligeable – que l'indemnisation allouée ne suffise pas à annihiler les profits réalisés par l'auteur. C'est la problématique de la faute lucrative. Il est probable que cette problématique soit à l'origine de la position adoptée par la Cour de cassation en l'espèce. Il était dans cette affaire impossible de tenir compte du préjudice économique effectivement subi par la victime puisqu'il n'existe pas ! La société n'avait en effet subi aucune perte à la suite de la pratique. En revanche, l'équilibre du marché avait été remis en cause et la défenderesse avait obtenu un avantage concurrentiel indu qui correspondait aux économies réalisées à la suite des pratiques litigieuses. Les avantages concurrentiels consécutifs aux actes déloyaux, plus ou moins importants selon les éventualités, participent de la décision de l'opérateur de commettre l'acte en question. Comme n'importe quel opérateur économiquement rationnel, le parasite agit s'il pressent qu'il pourra retirer un avantage concurrentiel, ou des profits importants. Pour annihiler un tel comportement, qui relève évidemment de la théorie de la faute lucrative, il est donc indispensable de tenir compte des avantages indus réalisés par l'auteur. En l'occurrence, il s'agissait en l'espèce d'économies réalisées par la société. Ces avantages sont injustifiés puisque, en l'absence de comportement fautif, les économies ainsi réalisées n'auraient pas pu avoir lieu.

Le montant de l'indemnisation ainsi évalué ne remet pas la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de dommage. Le but est de rééquilibrer la concurrence et de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si les pratiques trompeuses n'avaient pas eu lieu. Il s'agit d'une sorte de rétablissement. On rétablit l'équilibre détruit par la pratique en remettant les « compteurs concurrentiels à zéro ».

La volonté n'est donc pas strictement indemnitaire. Il s'agit d'une logique davantage restitutive que réparatrice et, peut-être, une timide reconnaissance des mécanismes de dommages et intérêts non compensatoires. On regrette cependant que la Cour de cassation ne soit

pas allée au bout du raisonnement. Ce choix est d'autant plus étonnant que la prise en compte de la faute lucrative est d'ores et déjà admise dans certains domaines, à l'image des actions en contrefaçon. Les spécialistes du droit de la responsabilité, au demeurant, ne s'y montrent pas hostiles. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile l'envisage également avec l'introduction de l'amende civile en son article 1266-1. On regrette donc que la Cour de cassation ne se soit pas davantage émancipée du principe de réparation intégrale. Tenir compte des profits indus dans l'évaluation de l'indemnisation ou, *a minima*, des avantages indus, permettrait de rendre les sanctions plus dissuasives et, ce faisant, plus efficaces.

**M. Cayot et M. Cescut-Puore**

**15. Le rôle des dommages et intérêts restitutoires dans l'encadrement de la guerre économique.** Le « *Disgorgement of profits* », parfois traduit par les juristes français en principe de « restitution intégrale », consiste à condamner l'auteur d'une faute non pas au simple montant du préjudice subi par la victime, mais à la restitution de l'ensemble des profits réalisés grâce à cette faute. En dépit de son opposition au traditionnel principe de réparation intégrale, cher aux civilistes, on ne peut nier son introduction progressive en droit français par le législateur comme la jurisprudence. Cette reconnaissance, plus ou moins timide, constitue une formidable opportunité d'assainissement des relations économiques.

**La reconnaissance timide et progressive du principe de restitution intégrale.** Si l'article 54 de l'avant-projet Terré « pour une réforme du droit de la responsabilité civile »<sup>123</sup> prévoyait une introduction du principe de restitution intégrale dans le contentieux de la responsabilité civile, en octroyant au juge la faculté de condamner l'auteur d'une faute lucrative intentionnelle au montant du profit retiré plutôt qu'à la simple réparation du préjudice du demandeur<sup>124</sup>, il demeure que l'obstacle pour y

---

<sup>123</sup> F. Terré (dir.), « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », Cour de cassation, févr. 2012.

<sup>124</sup> Art. 54 : « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité »

parvenir est considérable dans la mesure où le droit positif de la responsabilité reste encore fortement attaché au « *carcan du principe de réparation intégrale* »<sup>125</sup>, éventuellement excepté par le jeu des « amendes civiles » du type de celles de l'article L. 441-4 du Code de commerce ou de l'article 1266-1 de l'avant projet de loi sur la responsabilité civile de 2017. Toutefois, l'observation de certaines dispositions spéciales permettent de relever une prise de distance avec ce dernier, qui mêlent ainsi réparation et dissuasion.

C'est notamment le cas en droit des biens, où l'action en contrefaçon permet de sanctionner l'atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle en octroyant à son détenteur des dommages et intérêts incluant notamment « *les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits* »<sup>126</sup>. La référence à une restitution intégrale ne fait aucun doute. Les techniques du droit des biens, voire du droit des contrats spéciaux, permettent de se saisir de plus en plus de cet instrument, ce que démontre une récente décision de la cour de cassation en matière de sous-location de bail à usage d'habitation<sup>127</sup>. En l'espèce, un bailleur souhaitait agir contre ses locataires qui avaient, pendant plusieurs années, sous-loué l'appartement sans son accord. Au lieu d'agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle, qui n'aurait sanctionné que l'atteinte à son droit personnel de créance<sup>128</sup>, ce dernier a mobilisé le droit des biens en invoquant une atteinte à son droit d'accession aux fruits du bien. C'est ce raisonnement qui a permis à la cour d'affirmer que les sous-loyers constituaient des « *fruits civils qui [appartenaient] par accession au propriétaire* » et qu'en conséquence « *les sommes perçues à ce titre devaient lui être remboursées* » : le droit des biens utilisé comme mécanique de restitution intégrale et comme outil de protection du droit de propriété.

La « règle » de restitution intégrale a également semblé faire son entrée, et de manière plus innovante, en matière concurrentielle. L'arrêt du 12 février 2020 (cf. supra, n°12) a en effet innové, puisque la chambre commerciale, saisie d'une action en concurrence déloyale fondée sur une pratique commerciale trompeuse, a pris en compte « *l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes* », et ainsi semblé intégrer le mécanisme de

<sup>125</sup> M. Cayot, *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ,-Lextenso, 2019.

<sup>126</sup> CPI, art. L.331-1-3.

<sup>127</sup> Cass. civ 3<sup>e</sup> 12 septembre 2019 n° 18-20.727.

<sup>128</sup> Hugo Barbier, « *Le droit des biens comme instrument de restitution des profits illicites* », obs. sous Cass. civ. 12 sept. 2019, RTD Civ. 2019 p.865.

*disgorgement à la réparation du préjudice du concurrent. Pourtant, cette reconnaissance reste timide, la cour faisant preuve de précaution en réservant cette prise en compte aux seules « pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût », en ce que ces actes « induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier ».*

Il ne s'agit donc pas encore, pour la chambre commerciale, d'écartier en bloc le principe de réparation intégrale. Pour autant, ce premier pas vers des dommages et intérêts restitutoires est encourageant. Il acculture les juges à un mode de raisonnement distinct de la simple évaluation du préjudice subi, et constraint les entreprises à intégrer l'éventualité d'une telle indemnisation lorsqu'elles se livrent à des pratiques déloyales. Une telle reconnaissance, si elle reste timorée, n'en est pas moins importante, ce mécanisme constituant un formidable outil de régulation de la guerre économique.

**L'intérêt de la restitution intégrale dans un cadre de guerre économique.** En quoi la confrontation entre réparation intégrale et restitution intégrale éclaire-t-elle le champ de la guerre économique ? La réponse prend sa source dans la capacité de riposte des sociétés. En effet, il est de bon sens qu'une réponse trop limitée à une attaque ne saura pas dissuader suffisamment l'opposant, et cela peut se vérifier historiquement. Il en est allé ainsi de l'annexion des Sudètes, et l'exemple de la Crimée montre qu'aujourd'hui encore, des velléités expansionnistes peuvent faire peu de cas de la réprimande et des admonestations internationales. Le domaine de la guerre est essentiellement pragmatique et ne s'intéresse pas particulièrement à la morale, surtout celle des autres. Il en va de même de la guerre entre entreprises.

Les agents économiques, rationnels, peuvent procéder à un calcul similaire d'optimisation des gains et des pertes. Si la vocation d'un modèle néolibéral est d'organiser la compétition juste et loyale des entreprises, consacrant par là même un droit de nuire à ses concurrents, ce dernier doit être encadré faute de laisser place à la commission de fautes lucratives. Ces fautes reposent sur la recherche d'un avantage indu, obtenu au risque d'une sanction trop limitée. Le calcul rationnel qui en découle est qu'il est avantageux de prendre le risque de la sanction pour accaparer l'avantage, qu'il s'agisse de contrevénir à la loi ou aux stipulations d'un contrat. Une situation qui permet l'existence de telles fautes lucratives revient à

réintroduire de la violence économique dans un marché que l'on a prétendu organiser tel un terrain de sport. Or les agents ne sont souvent pas égaux face à la triche, et ceux qui sont en position de force s'y adonneront plus aisément. La compétition est alors injuste et le marché perd en efficience.

C'est ici que se pose la question de la riposte à ce type de comportement, car celle-ci n'a pas seulement vocation à réparer *a posteriori*, mais également à encourager une plus forte compliance *a priori*.

Une sanction désincitative quant à la commission de fautes lucrative devrait s'élever, a minima, au montant le plus élevé entre le préjudice et le profit illicite. Dans un modèle de compétition, où le succès d'un agent n'est mesuré que par référence au succès des autres, devoir restituer à un concurrent le profit engrangé à son détriment constitue une excellente manière de dissuader l'auteur de commettre de telles fautes, plus encore que la simple menace d'une sanction administrative. C'est ainsi que la restitution intégrale augmente doublement la gravité de la sanction, pécuniairement et symboliquement, et favorise ainsi la compliance des agents économiques.

Cette riposte reste graduée<sup>129</sup>, et ne propose pas encore, par le moyen de dommages et intérêts punitifs, la possibilité de représailles massives. Elle sera toutefois une évolution dans le bon sens pour la pacification des relations entre sociétés, et on ne peut qu'accueillir avec espoir la reconnaissance d'un outil qui tend à encourager une compétition juste plutôt que la violence inutile d'une guerre économique sans limites.

**K. Favre et J. Quidu-Tudela**

## **D. Contentieux pénal**

### **1. Corruption**

**16. CJIP Airbus : une première internationale (CJIP Airbus, 29 janv. 2020).** Le 29 janvier 2020, la société Airbus concluait une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) avec le Procureur de la

---

<sup>129</sup> A l'image de la doctrine de MacNamara posée en 1962, visant, par une riposte proportionnée à l'attaque à dissuader l'URSS de mener des actions offensives contre les Etats-Unis sans pour autant entraîner leur annihilation totale.

Cette notion a d'ailleurs été utilisée par le ministre de la culture en 2005, présentant la loi Hadopi comme un mécanisme permettant de « *lutter contre la contrefaçon numérique, selon un processus de riposte graduée, des messages de prévention jusqu'aux sanctions, proportionnées à la gravité des atteintes* ».

République Financier, dit « PNF », pour des faits de corruption d'agent public étranger, abus de biens sociaux, abus de confiance, escroqueries en bande organisée, blanchiment de ces délits, faux et usage de faux, validée par le TJ de paris le 31 janvier 2010<sup>130</sup>. Elle se présente de manière exceptionnelle, à la fois par le montant de l'amende consentie et par son caractère international. Elle se solde en effet par une amende considérable de plus de 3,5 milliards d'euros, dont 2 milliards au titre de l'amende infligée par le PNF, un accord conclu conjointement avec le *Serious Fraud Office* (SFO) et le Département of Justice (DoJ), le SFO obtenant près de 1 milliard d'euro et le SFO au titre des violations du *Birbery Act* de 2010, et le DoJ près de 500 millions d'euros d'amende au titre des violation du FCPA (« *Foreign Corrupt Practices Act* ») et de l'ITAR (« *International Traffic in Arms Regulation* »).

Les faits sont principalement des faits de corruption d'agents publics étrangers, via une entité du groupe chargée de proposer des « rémunérations » complémentaires à des intermédiaires. Airbus avait, en 2015, engagé un processus de conformité dans ses obligations de déclaration auprès de l'agence de crédit-export anglaise (UKEF). Dans ce cadre elle informait le *Serious Fraud Office* en 2016 qu'elle avait identifié des déclarations fausses à l'UKEF. Dans certains cas en effet, des informations erronées ou fausses, s'agissant du montant de la rémunération, secrète, offerte aux intermédiaires, mais également le processus d'identification de l'intermédiaire, de l'identité du bénéficiaire effectif de la rémunération et de la justification économique de celle-ci. L'ensemble malgré des notes internes limitant le montant des rémunérations (à 15 millions d'euros), mais non respectées, impliquant des montants supérieurs, des prêts fictifs, des moyens détournés. Le PNF a, en juillet 2016, pris connaissance de ces informations, via la COFACE, destinataires des informations transmises par l'UKEF et a ouvert une enquête préliminaire (confiée à l'OCCLIFF), sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, des chefs de corruption d'agent public étranger, de faux, d'usage de faux, d'escroquerie en bande organisée, d'abus de confiance, de blanchiment de ce délit, d'abus de biens sociaux commis entre 2014 et 2016. Une ECE (équipe commune d'enquête) entre le PNF et le SFO, prévu aux articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale, avait été mise en place en janvier 2017 dans le respect de la « loi de blocage » n°68-678 du 26 juillet 1968, pour objectif de mettre en place une stratégie coordonnée d'enquête, spécialisant chaque agence sur des

---

<sup>130</sup> TJ Paris, Ord. PNF 16 159000859.

investigations particulières, tandis que le Department of Justice ouvrait également une enquête sur la violation de la législation FCPA. Sans entrer dans le détail de la procédure on peut remarquer que la CJIP prend garde d'indiquer que, si près de 30 millions de documents avaient été collectés dans le cadre de l'enquête, dont l'enquête interne d'Airbus, cette collection s'est effectuée dans le respect du secret professionnel français des avocats et du « *legal privilege* » anglo-américain et qu'un panel d'experts indépendants (« *Indépendant Compliance Review Panel* ») a été chargé d'examiner les efforts d'Airbus pour rendre conforme son activité, que dès avril 2016, Airbus a confié une enquête à plusieurs cabinets d'avocats, par l'intermédiaire desquels le SFO a été contacté, tandis que le PNF, en 2017, demandait qu'un cabinet français soit désigné et que, enfin, Airbus a accepté de coopérer avec l'ECE, coopération qualifiée d'ailleurs d'« exemplaire ».

Grâce à cette coopération Airbus a bénéficié de facteurs minorants dans le calcul du montant de l'amende d'intérêt public. Au calcul du montant de l'amende prévue par l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, les lignes directrices conjointement rédigées par l'Agence française anticorruption (AFA) et le Parquet national français (PNF)<sup>131</sup>, appliquent, en effet, un coefficient de minoration en cas de coopération de la personne morale aux investigations judiciaires sans toutefois en expliciter la méthode de calcul<sup>132</sup>. Dans le détail, l'article 41-1-2, I, 1<sup>o</sup> du Code de procédure pénale prévoit une amende proportionnelle aux avantages tirés des faits délictueux, limités à 30% du Chiffre d'affaires moyen annuel de leur auteur (63 milliards en moyenne), soit une amende maximum de près de 19 milliards d'euros, pour un avantage tiré des agissements calculé à 1.053.377.113 euros. Un coefficient multiplicateur de 275% tenait compte du comportement d'Airbus, le caractère répété des manquements sur une période très longue, la qualification de corruption d'agents publics, l'utilisation de ressources pour dissimuler les agissements, tandis qu'un taux de 50% de réduction était retenu, aboutissant donc au montant de l'amende : 2.083.137.455 €<sup>133</sup>, tenant compte de l'amende de près de 250.000.000 € payé au DoJ. A cette amende s'ajoute celle due au titre de

---

<sup>131</sup> AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019

<sup>132</sup> R. Family, « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal... », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, févr. 2020, p. 1 ; A. Kirry, A. Bisch et A. Fleuriot, « Convention judiciaire d'intérêt public : lignes directrices PNF/AFA. Quel encouragement à l'auto-dénonciation ? » JCP E 2020, 1184.

<sup>133</sup> CJIP *Airbus*, §160

la violation du *Bribery Act* britannique de 983.974.311 € et de celle de 525.655.000 au titre des violations du FACTA et de 5.000.000 € au titre des violations de la réglementation ITAR américaine.

La question de la coopération de la personne morale est très sensible dans le cadre d'une CJIP puisqu'elle est décisive de la conclusion même de celle-ci<sup>134</sup>. Le fait qu'Airbus ne se soit pas dénoncé auprès des autorités françaises n'a pas été pris en compte comme un élément pénalisant, les lignes directrices précisant que l'absence de révélation n'est pas un facteur aggravant mais la révélation un facteur minorant<sup>135</sup>. Il aurait de plus été malvenu de pénaliser Airbus pour son silence auprès du PNF compte tenu du fait qu'au moment de la révélation aux autorités britanniques, la loi du 9 décembre 2016 instituant la CJIP n'était pas entrée en vigueur. Ce silence a néanmoins un coût puisque l'entreprise qui révélerait spontanément les faits au parquet français pourrait espérer une réduction de pénalité de 100%<sup>136</sup>.

Enfin la coopération d'Airbus se poursuit au-delà de la conclusion de la CJIP, par l'engagement de transmettre au PNF toutes nouvelles informations<sup>137</sup>. Airbus a d'ailleurs démontré sa volonté de ne plus commettre les mêmes erreurs pour l'avenir en développant un dispositif de conformité abouti rendant inutile de prévoir la mise en œuvre d'un programme de conformité répondant aux dispositions de l'article 131-39-2 II du code pénal. L'AFA mènera toutefois pendant trois ans des audits aux frais de Airbus pour une somme de 8,5 millions d'euros<sup>138</sup>, destinés à s'assurer de l'exhaustivité du déploiement de ce programme<sup>139</sup>.

Coopération ensuite entre autorités de poursuites. Concomitamment à la signature de la CJIP avec le PNF, Airbus a conclu deux *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), l'un avec le *Serious Fraud Office* (SFO), l'autorité anti-fraude britannique pour un montant de 984 millions d'euros, et l'autre avec le *Department of Justice* (DOJ), le ministère de la justice américain, pour un montant de 526 millions d'euros. La conclusion de tels compromis a coûté cher à Airbus dont le montant global constitue

---

<sup>134</sup> AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019 ; A. Kirry, A. Bisch et A. Fleuriot, *op. cit.*

<sup>135</sup> AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019

<sup>136</sup> R. Family, « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal... », *op. cit.*

<sup>137</sup> CJIP *Airbus*, §53

<sup>138</sup> CJIP *Airbus*, §179

<sup>139</sup> CJIP *Airbus*, §178 et 179

un record (en France)<sup>140</sup>. La conclusion simultanée de ces accords témoigne de la coordination de l'enquête entre ces trois autorités de poursuites.

Quant à la coopération entre le PNF et le DOJ, elle ne constitue pas une première. Elle fut en effet initiée par l'affaire de la Société générale qui s'est soldée par une CJIP en accord avec le DOJ pour des faits de corruption avec les fonds souverain libyen<sup>141</sup>. L'absence de conclusion d'un accord ECE entre les autorités de poursuites françaises et américaines, alors que l'article 695-10 du Code de procédure pénale et les conventions d'entraide judiciaire applicables avec les États-Unis le permettent<sup>142</sup>, interroge. Elle laisse entrevoir une certaine défiance du DOJ à l'égard du multilatéralisme procédural malgré la volonté manifeste du PNF de coopérer en partageant un certain nombre d'éléments de son enquête<sup>143</sup>. Cette attitude apparaît en contradiction avec la circulaire du DOJ<sup>144</sup> destinée à décourager la multiplicité des poursuites diligentées par les différentes autorités poursuivantes et le discours de présentation du procureur général adjoint Rod Rosenstein du 9 mai 2018. Lors de cette allocution le procureur général adjoint affirme en effet, une détermination renforcée du DOJ à développer la coordination internationale grâce aux traités d'entraide judiciaire, mais précise également que les autorités américaines se réservent le droit d'appliquer leurs propres sanctions<sup>145</sup>. Cette dernière précision a suscité la crainte que cette volonté de collaboration ne soit qu'un stratagème destiné à contourner les lois de blocages nationales. C'est néanmoins la loi de blocage française<sup>146</sup>,

---

<sup>140</sup> G. Daïeff, « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévélation des faits levés », *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 376p2, p. 24

<sup>141</sup> X. Boucobza et Y-M. Sérinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *Clunet* 2019, doctr. 1

<sup>142</sup> G. Daïeff, « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévélation des faits levés », *op. cit.*

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> DOJ, *Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties*, 1-12.100-9-28.1200

<sup>145</sup> C. Prats et P. Dufourq, « Les dernières évolutions de la politique de Department of justice américain s'agissant des poursuites mises en œuvre pour des faits identiques », *Dalloz actualité*, 22 mai 2018

<sup>146</sup> 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, article 1 bis : « 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,

interdisant aux personnes morales de communiquer des documents tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires sans passer par les canaux de l'entraide, qui a permis aux autorités de poursuites françaises de s'octroyer le leadership de la conduite de l'enquête<sup>147</sup>. Leadership qui s'explique également par le fait de la position privilégiée de la France dans la recherche de la preuve<sup>148</sup>. C'est, en effet, en France que se trouve le siège des opérationnels d'Airbus, ainsi que le bureau du service SMO chargé des intermédiaires de contrat, au centre de l'affaire de corruption. Le leadership de la France s'affirme, enfin, grâce au renforcement du dispositif français de lutte contre la corruption depuis 2016, sans quoi la France, plusieurs fois rappelée à l'ordre par l'OCDE pour son manque d'efficacité en la matière, n'aurait pas eu la légitimité nécessaire pour s'imposer face au SFO et au DOJ.

La coordination des accords aboutit à une « confusion des peines »<sup>149</sup> limitant le quantum global de l'amende en prenant en compte la sanction prononcée par les autorités étrangères. Ici encore, le leadership français a été reconnu par les deux autres autorités de poursuites en attribuant, lors du partage proportionnel de l'amende, une part plus importante au PNF ainsi que le contrôle de l'exécution du programme de conformité anticorruption d'Airbus à l'Autorité française anti-corruption<sup>150</sup>.

L'affaire Airbus semblerait démontrer que désormais, selon le mot d'un auteur « Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes »<sup>151</sup>, ce qui est beaucoup dire.

Nous sommes « à égalité », *du point de la sanction de comportements d'entités françaises*, mais encore loin de pouvoir s'opposer, de manière systématique, à des procédures américaines fondées sur l'extraterritorialité des lois américaines, sauf dans le cas, comme ici, dans lequel le PNF dispose de suffisamment d'informations pour justifier sa saisine et qu'elles portent sur des questions sanctionnées de manière identique de chaque côté de l'Atlantique (ou de la Manche), ce qui n'est

---

financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci. ».

<sup>147</sup> G. Daïeff, « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévélation des faits levés », *op. cit.*

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> X. Boucoba et Y-M. Séritet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *op. cit.*

<sup>150</sup> R. Family, « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal... », *pp. cit.*

<sup>151</sup> P. Januel, « *Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes* », interview de J.-F. Bohnert, Dalloz actualité, 18 mars 2020.

pas le cas des questions de contournement d'embargo par exemple, et ou de pouvoir faire valoir le caractère extraterritorial des règles françaises, pour les appliquer à des entités non françaises, même de façon limitée par une sorte de « théorie de l'effet » comme il existe en droit de la concurrence.

### **E. Plane et D. Mainguy**

**17. CJIP Bank of China, 10 janv. 2020.** La 10 janvier 2020, la Bank of China (BOC) et le Procureur de la République près le Tribunal judiciaire de Paris ont conclu une Convention judiciaire d'intérêt public par laquelle la BOC s'engage au paiement d'une amende d'intérêt public ainsi que de dommages et intérêts pour la somme de 3.900.000 €.

L'affaire fut initiée par le TRACFIN, service du traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins, qui transmis en juillet 2013 au Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris une note portant sur des mouvements de fonds anormaux à l'étranger. Une information judiciaire a été ouverte en décembre 2013 des chefs d'escroqueries à la TVA en bande organisée mettant en cause des ressortissants chinois résidant en France. La fraude fiscale ayant été mise en œuvre grâce à l'encaissement de ces sommes dans divers comptes bancaires ouverts au sein de la BOC en Chine, cette dernière s'est vu reprocher un manquement à son obligation de diligence prévue par les normes anti-blanchiment du code pénal. Si la compétence des autorités françaises pour poursuivre des faits de blanchiment qui n'ont pas été commis sur le territoire français mais exclusivement en Chine peut étonner, cette compétence extraterritoriale s'explique par la connexité de l'infraction de fraude fiscale commise en France avec le délit de blanchiment en Chine<sup>152</sup>.

Calculée sur la base du profit maximum susceptible d'avoir été réalisé lors des transferts litigieux, estimé à 1 577 379 € et sur l'ajout d'une pénalité complémentaire de 1 422 621 €, l'amende d'intérêt public s'élève à un total de 3 000 000 €. Ce montant est bien faible au regard du montant maximum encouru correspondant à 30% du chiffre d'affaire moyen annuel des trois dernières années<sup>153</sup>, soit la somme de 18 milliards d'euros. Néanmoins, contrairement au cas de la banque HSBC qui était

---

<sup>152</sup> G. Poissonnier, « CJIP avec la Bank of China : l'honneur est sauf ! » Droit pénal 2020, comm. 56.

<sup>153</sup> CPP, art. 41-1-2.

directement impliquée dans les opérations de fraudes fiscales en causes et qui s'est acquittée d'une amende de 300 millions d'euros, la BOC n'est pas accusée d'avoir agi directement pour encourager le réseau de blanchiment mais seulement d'avoir fait preuve d'une négligence fautive quant à ses obligations en matière de lutte anti-blanchiment<sup>154</sup>. La pénalité complémentaire est justifiée dans la CJIP par la politique de lutte générale contre le crime organisé<sup>155</sup>. Cette justification pour la moins évasive et qui ne figure pas parmi la liste des facteurs majorants des lignes directrices PRF-AFA<sup>156</sup>, trouve une explication complémentaire dans le communiqué de presse du Procureur de la République qui précise avoir tenu compte du profit personnel tiré de l'infraction par les clients de la BOC<sup>157</sup>.

Les lignes directrices PRF-AFA font de la coopération de la personne morale aux investigations judiciaires un préalable nécessaire à la conclusion d'une CJIP. Cette coopération s'entend d'une participation active aux investigations au moyen d'une enquête interne ou d'un audit approfondit et en la communication de documents et informations au parquet. Il apparaît ainsi étonnant que la CJIP conclu avec la BOC ne justifie pas de cette coopération autrement que par « une volonté de coopération de bonne foi »<sup>158</sup>. Elle n'évoque pas même l'existence d'une quelconque enquête interne menée par la BOC dont elle aurait partagé les conclusions avec le parquet français. Pire encore, la CJIP précise que la BOC n'a pas pu transmettre les documents démontrant la mise en œuvre en son sein des politiques anti-blanchiment et des contrôles spécifiques des transactions litigieuses demandés lors de l'instruction<sup>159</sup> en raison « d'impératifs réglementaires chinois »<sup>160</sup>. La conclusion de la CJIP se justifie donc simplement sur une coopération de « bonne foi » dont les modalités sont inconnues mais visiblement insuffisantes pour avoir pu bénéficier d'un coefficient de minoration prévu par les lignes directives au

---

<sup>154</sup> B. Picard et C. Cherrault, « Nouvelle application de la CJIP. Bank of China accusée de négligence dans ses contrôles anti-blanchiment », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires 2020, comm. 80.

<sup>155</sup> CJIP Bank of China Limited, 10 janvier 2020, nN° 210/13/21, §25.

<sup>156</sup> PRF-AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019

<sup>157</sup> R. Heitz, « Communiqué de presse du procureur de la République », Parquet du tribunal judiciaire de Paris, 28 janvier 2020.

<sup>158</sup> CJIP Bank of China Limited, 10 janvier 2020, §23.

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> CJIP Bank of China Limited, 10 janvier 2020, §16

titre de « l'excellente coopération et investigations internes complètes et efficaces »<sup>161</sup>.

La CJIP précise par ailleurs que la BOC aurait renforcé ses diligences en matière de lutte contre le blanchiment en améliorant ses contrôles et augmentant les ressources allouées à cette cause ainsi que par la formation de ses salariés<sup>162</sup>. La BOC ne bénéficie pourtant pas de coefficient minorant au titre d'un « programme de conformité effectif et mise en œuvre de mesures correctives et adaptation de l'organisation interne ». Est-ce à dire que ces efforts sont insuffisants ou que la preuve n'en est pas rapportée ?

L'État français a formulé une demande de réparation de son préjudice pour la nécessité d'engager des procédures afin de faire valoir ses droits et recouvrer ses créances, auprès du Procureur de la République. Ce préjudice a été évalué à hauteur de 900 000 €.

Il est à noter enfin qu'à la différence de la rédaction habituelle des CJIP qui précisent que la société reconnaît les faits et accepte leur qualification pénale, la CJIP signée par la BOC se contente de préciser que la « BOC a indiqué qu'elle considérait que les critères de l'article 180-2 du code de procédure pénale étaient réunis et qu'elle acceptait par conséquent de conclure une convention judiciaire d'intérêt public »<sup>163</sup>. La CJIP est donc rédigée avec des pincettes visant certainement à « ne pas froisser la banque et sauver son honneur »<sup>164</sup>.

## E. Plane

**18. L'affaire des rétro-commissions dans « Affaire Karachi », le commencement de la fin ou « tout ça pour ça » ? Ass. plén. 13 mars 2020, n° 19-86609, 18-80162, 18-80164, 18-80165), Cour de justice de la République, affaire Karachi.** Voilà ce qu'on appeler une « vieille » affaire, qui aura embarrassé l'exécutif depuis 1994.

Rappelons rapidement les faits : plusieurs contrats de coopération et d'assistance militaire avaient été conclus, en 1994, entre la France et deux Etats, l'Arabie Saoudite et le Pakistan, ayant pour objet l'entretien de bâtiments militaires, la fourniture de missiles, la livraison de frégates, d'un pétrolier ravitailleur et de trois sous-marins, pour un peu plus de 5

---

<sup>161</sup> PRF-AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019, p. 13

<sup>162</sup> CJIP Bank of China Limited, 10 janvier 2020, §24

<sup>163</sup> CJIP Bank of China Limited, 10 janvier 2020, §17

<sup>164</sup> G. Poissonnier, « CJIP avec la Bank of China : l'honneur est sauf ! », art. cit.

milliards de francs avec le Pakistan, près de 30 milliards avec l'Arabie Saoudite, pour des livraisons échelonnées entre 1999 et 2008. Ces contrats avaient été « préparés » par des contrats de consulting avec des « intermédiaires » ayant pour mission de « convaincre » les autorités de ces Etats de conclure ces contrats, et par un autre réseau, celui de M. Ziad Takieddine<sup>165</sup>, regroupant trois autres intermédiaires, auxquels des commissions avaient été versés dans le même sens, mais finalement soupçonnés d'avoir essentiellement pour objectif de verser des « rétro-commissions », entre 1994 et 1996, et dont une partie (10 millions de francs) qui auraient pu servir à financer la campagne présidentielle de M. Balladur en 1995 voire de constituer un « trésor de guerre » pour d'autres et d'autres échéances.

L'ensemble se réalise avant la conclusion de la convention de Mérida de 1997 sur la corruption d'agents publics étrangers, largement promue par les Etats-Unis, c'est-à-dire en un temps où ce type de « pratique », nul n'évoque le mot fâcheux mais le versements de frais commerciaux exceptionnels, dits « FCE », est largement répandu, les sommes versées (6,25% du montant global, auxquels s'ajoutent 4% au deuxième réseau) étant même déclarées, au bureau des affaires internationales du ministère des finances, et fiscalement déductible<sup>166</sup> (quoique l'ensemble n'ait pas été payé sur décision du président Chirac dès 1995), jusqu'en 1997 (CGI, art. 39). Une société, la SOFMA, société française d'exportation de matériel militaire et aéronautique, société entièrement étatique, ayant pour mission d'organiser les montages juridiques permettant de réaliser ces opérations. Du reste, l'ensemble était *a priori* parfaitement organisé, les règles en matière de corruption d'agents publics n'étant applicables qu'à des actes visant des agents publics français<sup>167</sup>, jusqu'en 2000. Reste la question des rétro-commissions, susceptibles d'être pénalement sanctionnées, par exemple sur le fondement d'un abus de biens sociaux et du recel de son produit.

---

<sup>165</sup> B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, 12 mai 2010 ([http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/circonstances\\_attentat\\_karachi.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/circonstances_attentat_karachi.asp)), p. 61.

<sup>166</sup> B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, 12 mai 2010 préc., p. 59.

<sup>167</sup> B. Cazeneuve et Y. Fromion, Rapp. mission d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, *Circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi*, préc., p. 59 s.

Le 8 mai 2002, survient toutefois une conséquence d'une toute autre ampleur : l'attentat de Karachi, quelques jours après la réélection de Jacques Chirac, par l'explosion d'une voiture piégée, faisant quatorze morts dont français travaillant à la DCN (direction de constructions navales).

Une première enquête ouverte aussitôt conclut à un attentat terroriste, tandis qu'un rapport, « Nautilus », destiné à demeurer secret jusqu'à sa saisie en 2008 par le juge Trévidic, qui concluait au lien entre l'arrêt du versement du solde des commissions versées à des militaires et édiles pakistanais (85% environ avaient été payé), donc supposément les rétro-commissions, et l'attentat.

C'est donc ce seul volet, celui des rétro-commissions qui auraient été versées en 1995 pour financer la campagne d'Edouard Balladur, qui est en jeu, quand bien même l'affaire soit évoquée comme « l'affaire Karachi », laissant supposer le lien entre cette question et l'attentat.

La procédure aura été considérablement longue : les juges d'instruction avaient renvoyé le 12 juin 2014 devant le tribunal correctionnel de Paris, pour ces seuls faits touchant à la question des rétrocommissions, Ziad Takieddine et Abdul Rahman Al-Assir, les deux intermédiaires, mais encore les collaborateurs du premier ministre, Nicolas Bazire, Renaud Donnedieu de Vabres et Thierry Gaubert, ainsi que Dominique Castellan, ancien patron de la DCN-I, l'ensemble devenant définitif par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 20 janvier 2017, après cassation le 10 février 2016, d'un premier arrêt de la Cour d'appel de Paris. Plaidé en octobre 2019, la décision était attendue pour le 22 avril 2020, tandis que M. Balladur et M. Léotard relevaient de la Cour de Justice de la République. Saisie en juin 2014, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République avait émis un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction de cette Cour le 19 juin 2014, des chefs d'abus de biens sociaux, complicité et recel, détournement de fonds publics, complicité et recel, dans les deux dossiers Agosta et Sawari II, s'agissant du deuxième réseau de commissions. Les recours se sont succédés sur la question de la prescription des faits, par pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu, le 28 septembre 2016, par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, se prononçant contre la prescription de l'action publique, pourvoi considéré comme irrecevable par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 13 octobre 2017. La procédure était renouvelée s'agissant des faits considérés comme non prescrits dans l'arrêt du 28 septembre 2016, aboutissant à trois nouveaux arrêts de la commission d'instruction, le 21 décembre 2017, rejetant les demandes de prononcé de prescription,

et, sur pourvois, trois ordonnances du premier président de la Cour de cassation, le 30 janvier 2018.

C'est donc finalement le 30 septembre 2019 que la commission d'instruction ordonnait le renvoi de MM. Balladur et Léotard, devant la formation de jugement de la Cour de justice, des chefs de complicité et de recel d'abus de biens sociaux, dont les pourvois engagés à son encontre étaient examinés par l'assemblée plénière le 13 mars 2020, les rejetant, par un long arrêt dont le détail intéresse principalement les spécialistes de droit de la procédure pénale<sup>168</sup>.

La conséquence, finale, est que la Cour de justice de la République devra bien juger MM. Balladur et Léotard, vingt-cinq ans après les faits, et de manière séparée des autres protagonistes.

Est-ce la bonne piste ? Est-ce de bonne justice ? On peut en douter, au moins en opportunité

: au-delà des questions de prescription, on sait bien que l'attentat de Karachi a, par l'enquête pénale aussitôt diligentée et les découvertes du juge Trévidic, emporté, comme une lame de fond, les investigations vers la criminalisation des rétro-commissions, dans un contexte, actuel, de défiance généralisée et soupçonneuse à l'encontre de tout ce qui se rapporte à quelque fait que ce soit entourant un sujet politique quelconque. Mais reste une donnée majeure : la portée de ces faits, au regard, d'une part de la validité, qu'une rétroactivité légale ne saurait contredire, de faits de corruption des autorités pakistanaises, dont le mari de Bénazir Bhutto, chef de l'Etat et de ses plus hautes autorités militaires, et d'un attentat mortel, dont l'hypothèse demeure qu'il fût déclenché, non point par les rétro-commissions en question, mais par la décision d'arrêter le paiement de commission, certes de corruption, mais à l'époque valides, par un président de la république nouvellement élu et pressé d'assécher ainsi le camp de son rival vaincu. A vouloir laver toujours plus propre, on en oublie, finalement, quelques salissures.

**D. Mainguy**

## **19. Affaire Alstom-Hoskins, des limites à l'application extraterritoriale de la législation anti-corruption américaine ?**

L'affaire Alstom ne manque pas de rebondissements, et c'est un nouveau tournant intéressant qu'elle offre, à propos de l'un de ses salariés, qui subit les foudres du *Department of Justice* (DoJ) américain depuis 2013.

---

<sup>168</sup> Cf. S. Fucini, in *Dalloz actu*, 9 avr. 2020.

Il n'est d'ailleurs pas le seul, Frédéric Pierucci, dans un livre précis et émouvant, *Le piège américain*<sup>169</sup>, livre le témoignage de l'aventure qu'il a vécue, les méthodes d'un procureur agressif, du FBI, de l'absence de justice, des pressions et de la prison, qui constitue l'un des seuls documents permettant de rendre compte, avec toute la subjectivité de l'aventure vécue, d'une telle expérience.

L'usage du droit (pénal) comme outil d'influence extraterritorial est l'un des griefs souvent reproché à la politique répressive des Etats-Unis, notamment en France et qui s'est encore exprimée dans le « rapport Gauvin » de juin 2019 (cf. supra, n°1) ; Ce qui est plus exactement, et de manière plus réaliste, reproché c'est l'utilisation de règles, *a priori* internes, américaines, en matière de lutte contre la corruption ou le contournement de règles d'embargos internes associée à la spécificité des procédures pénales américaines, notamment les « deals de justice », en dehors de tout contrôle judiciaire, à l'endroit de non américains, personnes physiques ou morales.

L'affaire Alstom, par son ampleur et les implications politiques qu'elle a suscité, dans la mesure où la cession de sa branche « Energie » à la société General Electric en est la conséquence directe, éventuellement même un objectif de départ, a permis de porter ce sujet à la connaissance du grand public français, par la mise en œuvre des règles du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), loi anticorruption adoptée en 1977.

La conception très large de l'extraterritorialité que retient l'administration américaine lui permet de déclencher des poursuites et conclure des accords en vue d'encaisser des amendes sans équivalent dans le monde, sauf depuis l'instauration du *Serious Fraud Office* au Royaume-Uni ou le Parquet national Financier en 2016,, comme les 400 millions de dollars d'amende de British Aerospace<sup>170</sup>. La FCPA, ou plus exactement la manière dont l'interprètent les autorités américaines, permet également de poursuivre les personnes physiques. Des enjeux de pure politique répressive, mais également le soupçon d'exercer des moyens de pression juridiques à des fins économiques voire politiques importantes, qui lui valent de nombreux reproches et critiques, voire des accusations de machination notamment dans l'affaire Alstom, du fait du calendrier des poursuites souvent associé à celui d'opérations économiques importantes

---

<sup>169</sup> F. Pierucci, avec M. Aron, *Le piège américain, L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation témoigne*, J.C lattès, 2019.

<sup>170</sup> BAE Systems PLC Pleads Guilty and Ordered to Pay \$400 Million Criminal Fine, Department of Justice Office of Public Affairs, 1<sup>er</sup> mars 2010.

ainsi que du choix des sociétés ciblées<sup>171</sup>. Dans le cas d'Alstom, les poursuites s'étaient soldées par la conclusion d'un *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) en 2014, pour un montant d'amende de 772 millions de dollars (pour un contrat d'un peu plus de 100 millions de dollars). Toutefois, la procédure américaine permet également de poursuivre des personnes physiques, dans la considération générale de *conspiracy*, difficilement traduisible sinon par un mélange de complicité et de coaction.

Dans le cas d'espèce, M. Lawrence Hoskins, ancien cadre dirigeant d'Alstom (ancien Vice-président Asie), était accusé d'avoir contribué à l'obtention frauduleuse d'un contrat en Indonésie par des actes de corruption d'agent public. C'est d'ailleurs la même raison qui avait justifié l'arrestation de Frédéric Pierucci. Citoyen britannique, comme M. Pierrucci est français, arrêté aux Iles Vierges Américaines en 2014, il avait été transféré aux Etats-Unis sur la base de la procédure d'« *indictment* » lancée contre lui. Soumis aux mêmes types de pressions que F. Pierrucci, il avait refusé refusé le « *deal of justice* » proposé par le Department of Justice (DoJ), procédure de plaider-coupable dont les conditions sont définies par l'administration américaine et non par le juge américain qui ne procède qu'à une homologation purement formelle de l'accord<sup>172</sup>, présenté par ailleurs comme une alternative avantageuse à un procès long, très onéreux et particulièrement risqué au regard des pratiques de prononcé des peines américaines. Refusant l'accord, il dut donc subir un procès, et ce faisant, mettre à l'épreuve le caractère extraterritorial des dispositions du FCPA.

Devant le juge, M. Hoskins ne contestait pas les faits mais l'applicabilité de la loi américaine à ces faits. Les procureurs américains tiennent en effet

---

<sup>171</sup> Frédéric Pierucci, Interview dans Capital, 1<sup>er</sup> avril 2019. « GE avait racheté auparavant quatre sociétés selon le même scénario : la société est fragilisée par une enquête, GE fait une offre de rachat, puis se trouve associé à la conclusion d'un accord avec le DOJ. Dans la production d'électricité, pratiquement tous les concurrents étrangers de GE ont été mis en accusation et ont payé de fortes amendes (Siemens, Alstom, Hitachi, ABB...). Par contre, aucun des grands acteurs américains du secteur n'a jamais été visé. Depuis que le FCPA américain (Foreign Corrupt Practices Act, loi anticorruption transnationale. NDLR) existe (1977), 26 entreprises ont payé des amendes supérieures à 100 millions de dollars. Parmi elles, 14 entreprises européennes ont payé, tous secteurs confondus, 5,3 milliards de dollars d'amende pour faits de corruption quand 5 américaines seulement ne se sont vu infliger que 1,7 milliard d'amende. »

<sup>172</sup> Comp. A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.) *Deals de justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Puf, 2013, Quadrige, 2019.

pour acquis cette applicabilité, se fondant sur des dispositions peu claires du US Code (15 USC § 78dd-1 à 3), qui prévoient son application, pour des faits de corruption, aux « *issuers* », qui émettent des actions, des obligations et leurs représentants, via des courriers (mails) ou des instruments du commerce interétatiques, les « *domestic concerns* », c'est-à-dire, les citoyens et résidents américains (personnes physiques ou morales), dans les mêmes conditions et, enfin les personnes autres que les « *issuers* » ou les « *domestic concerns* » également dans les mêmes conditions : il suffirait donc, à l'inverse d'utiliser des moyens de corruption se rattachant aux Etats-Unis, utilisation de mails dont les serveurs y sont basés ou de moyens de paiement rattachables à son territoire (par exemple en dollar), pour que la loi s'applique à quiconque, y compris à des non-citoyens, non résidents, le reste du monde donc, si un lien de rattachement, direct ou indirect avec les Etats-Unis peut être identifié. Or, M. Hopkins, n'est pas américain, la société Alsthom Asie, n'est pas américaine ni opérant aux Etats-Unis (contrairement aux affirmations du DOJ qui prétend qu'il travaille pour Alstom Power Inc.), la corruption n'a pas eu lieu sur le territoire des Etats-Unis ni aux dépens d'une entreprise américaine, etc. le lien de rattachement était donc très tenu, sinon par une construction intellectuelle du procureur cherchant à rattacher les faits à la filiale américaine d'Alsthom.

Dès lors, la Cour d'appel du deuxième circuit rendait une première décision, le 24 août 2018, selon laquelle, et en se fondant sur les travaux préparatoires du FCPA, il existe une présomption *contre* l'application extraterritoriale du FCPA, et qu'il appartient au DoJ de démontrer que des dispositions expressément affirmées par le Congrès permettent de la renverser en l'espèce, faute de quoi cela reviendrait à donner aux lois américaines le pouvoir de régir le monde<sup>173</sup>. La Cour a donc conclu le 24 août 2018 qu'un étranger non-résident et travaillant exclusivement hors du sol américain ne pouvait être condamné en vertu du FCPA que s'il pouvait être qualifié de salarié, dirigeant, administrateur, actionnaire ou toute autre personne (« agent ») agissant au nom et/ou pour le compte de

---

<sup>173</sup> United States v. Hoskins, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 24 août 2018 : « *It is a basic premise of our legal system that, in general, United States law governs domestically but does not rule the world. [...] Courts will therefore not apply a U.S. law extraterritorially unless “the affirmative intention of the Congress [is] clearly expressed.” [...] This principle stems from the risk of “unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord”.* »

sociétés émettrices de valeurs mobilières sur un marché américain<sup>174</sup>, la filiale américaine d'Althom, selon toute logique. L'affaire a alors été renvoyée pour que le tribunal fédéral du Connecticut sur ce point.

De façon surprenante, le jury du tribunal fédéral du Connecticut a, dans sa décision du 8 novembre 2019, contourné cette question pour retenir l'un des arguments du procureur, à savoir que le fait que la filiale américaine d'Alstom ait été impliquée dans le dossier permettait de retenir la qualification d'agent, sans pour autant apporter la preuve d'un lien direct entre Hoskins, cadre de la filiale britannique, et Alstom Power Inc., validant donc la conception large de la compétence extraterritoriale du juge américain.

M. Hoskins a engagé un recours, une *post-trial motion for acquittal*, visant à faire reconnaître qu'aucun jury raisonnable ne pourrait reconnaître au-delà du doute raisonnable que le défendeur a commis le crime dont il est accusé, ce qui revient à démontrer que les preuves à charge sont trop faibles pour justifier une condamnation, une procédure difficile et rarement fructueuse<sup>175</sup>. En l'espèce, la question portait sur les éléments permettant de retenir la qualification d'« agent », non définie dans le US Code.

Or, le 26 février 2020, la *U.S. District Court for the District of Connecticut* a tranché, accueillant favorablement les prétentions de Hopkins et posant enfin une définition de la qualification d'agent.

Pour la Cour, rien ne permet de retenir le lien de contrôle qui caractérise la relation d'agence avec la filiale américaine d'Alstom, en particulier la possibilité d'exercer le pouvoir d'embaucher, de donner des consignes, d'en contrôler l'application et de licencier l'agent<sup>176</sup>.

Cette décision apporte donc un éclairage jurisprudentiel, qui n'est pas tout à fait inédit, dans la mesure où, en 2010, une société australienne avait obtenu de la Cour suprême une décision voisine, rejetant l'extraterritorialité de principe du Securities Exchange act de 1934<sup>177</sup>, mais, s'agissant du

---

<sup>174</sup> 15 U.S. Code § 78dd-3. *Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns*

<sup>175</sup> Justia Legal Resources, Judgments of Acquittal.

<sup>176</sup> United States v. Hoskins, United States District Court for the District of Connecticut, 26 février 2020 : « *None of the indicia of control which are typical of an agency relationship are present here. [...] The principal's right of control presupposes that the principal retains the capacity throughout the relationship to assess the agent's performance, provide instructions to the agent, and terminate the agency relationship by revoking the agent's authority.* »

<sup>177</sup> USSC, Morrison vs National Australia Bank, 24 juin 2010.

FCPA, bienvenu en ce qui concerne les limites de l'extraterritorialité du FCPA et permettra probablement à d'autres personnes physiques d'oser refuser les *deals of justice* du DoJ lorsqu'il excède manifestement sa compétence.

Pour autant, le DoJ peut encore interjeter appel de la décision et cette dernière ne lie pas nécessairement les tribunaux américains. En effet, une décision du 21 juin 2019 de la *US District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, n'a, par exemple, pas reconnu la requête en nullité de l'inculpation de MM. Firtash et Knopp, en refusant explicitement de suivre le premier arrêt *Hoskins* de 2018<sup>178</sup>, en étendant les conceptions fédérales de complicité et de conspiration.

Le sujet n'est donc pas encore tranché définitivement, et les commentateurs attendront donc avec beaucoup de curiosité la décision de la cour d'appel pour clore cette épineuse question. Ce conflit entre autorité administrative et juge étatique ne manquera pas d'impacter les moyens de la guerre économique américaine à l'étranger.

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

**20. L'affaire Alstom, la suite? Les « pratiques coutumières » de corruption et l'ordre public international (Paris, 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*).** L'affaire Alstom a défrayé la chronique française et internationale : une amende considérable, un « monitoring » ruineux, et la cession, aujourd'hui très controversée, de la branche « énergie » d'Alstom à l'entreprise américaine *General Electric*, sur un fond de complot juridico-financier américain, etc. Il reste que si « l'affaire Alsthom », décidée outre-atlantique, dans des conditions curieuses, pour le moins, justifie un débat, les faits eux-mêmes ne sont guère discutables, à une époque où, en France, la justice ne dispose pas des outils juridiques permettant de traiter l'affaire en France, comme cela a été le cas de l'affaire Airbus, depuis la loi Sapin II de 2016.

---

<sup>178</sup> United States v. Firtash and Knopp, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 21 juin 2019 : « *The government observes, however, that controlling Seventh Circuit case law declines to impose the requirement recognized in Hoskins . The government is correct. Indeed, although the Seventh Circuit has not yet ruled on this precise question, its disagreement with the Second Circuit's approach in Hoskins is evident from a pair of existing cases discussing exceptions to secondary liability.* »

Dès lors, d'éventuels effets incidents peuvent faire l'objet d'un traitement judiciaire, par exemple par voie d'arbitrage. La plupart des pactes de corruption, en effet, se fondent sur des contrats conclus avec des intermédiaires ou des « consultants », promettant des rémunérations en échange des « efforts » produits pour obtenir les marchés convoités par le mandant.

Ainsi une autre affaire Alstom, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris, le 28 mai 2019<sup>179</sup>. En l'espèce, Alstom Transport et une filiale anglaise, Alstom Network UK ont conclu avec la société Alexandre Brothers Limited (ABL), située à Hong-Kong, trois contrats de consultant pour obtenir des contrats de fourniture de matériel ferroviaire en Chine, des TGV et des rames de métro, entre 2004 et 2009, opération réussie, Alstom ayant obtenu ces marchés, et ayant payé les premiers termes des deux premiers contrats à ABL, mais pas les suivants, parce qu'une enquête avait été ouverte au Royaume-Uni par le *Serious Fraud Office*, l'équivalent du PNF français. Les contrats contenaient une convention d'arbitrage, l'application de la loi suisse et le siège de l'arbitrage à Genève, et ABL avait, en 2013 déclenché un arbitrage, sous l'égide de la CCI, pour obtenir les sommes dues, soit près de trois millions d'euros et des dommages et intérêts. Une sentence rendue le 29 janvier 2016 condamnait Alstom à payer le solde des deux premiers contrats, soit un million et demi d'euros environ. Les sociétés Alstom condamnées engageaient alors un recours en annulation contre la sentence devant le tribunal fédéral suisse, recours rejeté par un jugement du 3 novembre 2016. Dans le même temps, ABL avait obtenu l'exequatur en France de la sentence, par une ordonnance du TGI de Paris du 30 mars 2016, contre lequel Alstom interjetait appel, invoquant la violation du principe de contradiction et, surtout, la violation de l'ordre public international, dans la mesure où les condamnation aboutissaient à violer les règles d'éthique et de conformité contre les pratiques de corruption, en donnant corps à un pacte de corruption, quand bien même les faits de corruption n'étaient pas précisément démontrés. Alstom considérait en effet que l'introduction dans ses contrats de règles tirées de son programme de conformité, « compliance », de prévention de la corruption, ne correspondait pas à une logique de protection de ses intérêts privés, mais à la promotion d'un intérêt public de prévention de la corruption dans le commerce international, alors qu'elle ignorait que ABL

---

<sup>179</sup> Paris , 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*, Rev. arb. 2019, p. 850, note E. Gaillard, Gaz. Pal. Gaz. Pal. 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude.

réalisaient de telles pratiques, tandis que, à l'issue d'un arrêt du 10 avril 2018<sup>180</sup> par lequel la Cour d'appel de Paris avait imposé la production de pièces par Alstom, il existait, de son point de vue des « indices graves, précis et concordants » rendant vraisemblable le fait que ABL se soit livré à des pratiques de corruption d'agents publics chinois, à son insu.

Pour la Cour d'appel de Paris, l'annulation de la sentence sur le fondement de la violation de l'ordre public international n'est pas justifiée par le seul fait que des stipulations contractuelles de prévention de la corruption fussent insérées dans les contrats : c'est, ici, régler la question de l'intérêt privé, qui, effectivement est inutile en soi.

Elle rappelle en effet que « Le juge de l'exequatur n'est pas juge du contrat mais de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national. Son contrôle n'a donc pas pour objet de vérifier que des stipulations contractuelles — y compris les règles de conformité (“compliance”) — ont été correctement exécutées, mais seulement de s'assurer qu'il ne résulte pas de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence une *Violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international* et, en l'espèce, que la sentence ne prononce pas une condamnation à payer des sommes destinées au financement ou à la rémunération d'une activité de corruption ou de trafic d'influence ».

En revanche, la question de l'intérêt public, mieux de l'ordre public international, qui prohibe les faits de corruption d'agents publics, méritait attention, sur le point de savoir, non point si une condamnation pénale eût été méritée, mais si l'intégration de la sentence dans l'ordre juridique français aboutissait à valider un pacte de corruption, en permettant d'ouvrir des droits au paiement de sommes illicites, peu important alors la bonne ou la mauvaise foi des parties, notamment celle d'Alstom. Or la sentence arbitrale avait considéré que, du point de vue du droit suisse, les contrats n'étaient pas illicites, dans la mesure où les contrats n'avaient pour objet de procéder à des actes de corruption. Si, pourtant, la sentence observe que ABL avait été choisie en raison de sa proximité avec des décideurs chinois,, mais que le droit suisse ne considère pas que ce type de contrats doivent être interdits en soi, sauf à prouver que des faits de corruption ont eu lieu. Or, quand bien même le niveau de preuve puisse être abaissé en raison de la difficulté probatoire liée à ce type de faits, ABL

---

<sup>180</sup> Paris, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et autres c/ BL.*, Rev. arb., 2018.574, note E. Gaillard; RTD com., 2019.42, note E. Loquin; D., 2018.1934, obs. L. d'Avout; D., 2018.2448, obs. Th. Clay; K. Mehtiyeva, Chronique de coopération judiciaire, JDI, 2019.581.

s'était soumise à des audits et n'avait pas cherché à dissimuler ses activités, tandis qu'Alstom s'en tenait à de simples présomptions fondées sur des indices (la détention de documents confidentiels par ABL, le fait que Alstom ait été choisi sans être le mieux-disant, le fait que AMB ait acquis des biens coûteux qui ne se retrouvaient pas dans ses actifs, qu'elle n'avait pas d'activité antérieure, ni même de locaux professionnels, etc.).

Réalisant une analyse minutieuse, une véritable enquête, la Cour en déduit « qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments des indices graves, précis et concordants de ce que les sommes versées par Alstom à ABL finançaient des activités de corruption d'agents publics », outre le fait que le ministre des chemins de fer chinois a été condamné à la prison à vie pour corruption et que, de l'aveu même d'Alstom, « elle était coutumière des pratiques de corruption d'agents publics étrangers, notamment par l'intermédiaire de prétendus consultants, *ainsi qu'elle l'a reconnu aux termes d'accords de 2013 et 2014 avec le Ministère américain de la Justice (...)* », l'ensemble aboutissant à rejeter la demande d'exequatur et le remboursement des sommes transférées par voie de saisie-attribution.

On observera en premier que, dans son observation générale, la Cour d'appel de Paris reprend la formule selon laquelle la violation de l'ordre public international s'effectue sur la base d'une « violation manifeste, effective et concrète », écartant donc l'adjectif « flagrant » qui laissait entendre que seules les violations qui « crèvent les yeux » méritaient contrôle (cf. infra, n° 21). Par ailleurs, la cour d'appel observe que ces violations méritent sanction lorsqu'elles heurtent nos « convictions fondamentales », ici la prohibition de la corruption, en tant que l'effet d'une sentence aboutirait à ce résultat. Ce qui importe donc, c'est qu'une sentence donnant corps à un pacte corruptif puisse prétendre intégrer l'ordre juridique français, c'est-à-dire qu'une partie puisse en retirer un profit<sup>181</sup>. Par ailleurs, la cour d'appel n'hésite pas à forcer son office, en utilisant des éléments de preuve tirés de ceux présentés par les parties au soutien de leurs demandes devant le tribunal arbitral ou apparue postérieurement, voire extérieures au débat arbitral, comme ici, la reconnaissance par Alstom de sa « pratique coutumière » passée du

<sup>181</sup> Paris, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c/ Monsieur Valeriy Belokon*, JDI, 2017.1361, note E. Gaillard; *Rev. arb.*, 2017.915, note M. Audit et S. Bollée; *Bull. ASA*, 2017.552, note L.-C. Delanoy; *RDC*, 2017.304, note X. Boucobza et Y.-M. Séritet; *D.*, 2017.2559, obs. Th. Clay; *RTD com.*, 2019. 42, note E. Loquin, *Cass. civ. 1re*, 13 septembre 2017, *Société Ancienne maison Marcel c/ société Indagro*, JDI, 2019.1361, note E. Gaillard; Procédures, nov. 2017, comm. 268, obs. L. Weiller; *JCP E.*, 2018, 1188, obs. Ch. Seraglini; *JCP E.*, 2018, 1282, obs. C. Nourissat; *ASA Bull.*, 2018.31, obs. A.-M. Lacoste.

recours à des pactes corruptifs. Cet aspect est intéressant, et divise d'ailleurs, dans la mesure où ces éléments pourraient être considérés comme aboutissant à une forme de révision au fond de la sentence ; dans le même temps, le contrôle de la violation de l'ordre public, qu'il s'agisse du juge de la validité de la sentence ou celui de son exécution, aboutit, par nature, à une révision au fond, puisqu'il s'agit de saisir des éléments qui, par hypothèses, n'ont pas été pris en compte par les arbitres. L'arrêt s'inscrit ainsi dans le mouvement de renforcement du contrôle de l'ordre public international, au stade de la validité ou de l'exécution, mouvement heureux, sauf à priver d'effet réel tout contrôle, sinon celui des fraudes qui « crèvent les yeux ».

Le seuil de contrôle élevé qui en résulte l'est d'autant plus que la Cour écarte la question de l'éventuelle (ou actuelle) mauvaise foi du demandeur au rejet de l'exequatur (ou du demandeur à l'annulation d'une sentence). C'est une question usuelle, par exemple, devant le juge civil auquel l'annulation d'un contrat pour contrariété à l'ordre public concurrentiel est demandée par la partie qui en est à l'origine. La question plus générale est donc la portée de l'adage, souvent galvaudé et élargi selon lequel « nul ne peut alléguer de sa propre turpitude ». Ici, le pacte de corruption est d'intérêt commun en quelque sorte, et même doublement. Le mandant à intérêt à obtenir le marché, le mandataire de même pour obtenir la rémunération promise, et la partie corrompue est très souvent à l'origine de la demande de pots-de-vin, face au mandataire qui, par son truchement, est en mesure d'obtenir l'influence promise. Le pacte de corruption est alors comme une sorte d'enchères illicite, dont fait les frais, au final, à la fois les parties écartées et le mandant, qui obtient, certes, le marché, mais doit payer les rémunérations de corruption. Les choix sont alors complexes : faut-il tenir compte du pacte de corruption pour faire obstacle au paiement des rémunérations, favorisant le mandant (et le corrompu), ou, inversement, ignorer la question de la validité du contrat d'intermédiaire, et laisser les autorités de l'Etat d'accueil s'occuper de la question, y compris en annulant le marché, favorisant alors l'intermédiaire. A bien des égards, ce raisonnement consequentialiste est balayé par la Cour au profit d'une analyse purement objective, sinon idéaliste : c'est bien le pacte corruptif qui est sanctionné au nom de la promotion de l'ordre public international, avec les conséquences nécessaires qui en découlent : le contrat d'intermédiaire ne peut recevoir une application, en France, sous couvert d'exequatur d'une sentence lui

conférant un titre<sup>182</sup>. Dont acte donc, même ces « convictions fondamentales » forgeant les nouvelles frontières de l'ordre public international sont finalement récentes et justifient un zèle de néo-converti. Oppetit, par exemple, proposait une grille d'analyse, en 1987<sup>183</sup> bien plus tolérante à l'égard de pratiques « ordinaires », sinon coutumières, contre la nouvelle « morale » qui prévaut désormais. A supposer d'ailleurs que ce soit bien de « morale » dont il s'agit, et non d'un changement de paradigme, en ce sens que désormais, c'est, bien plus que des pots-de-vin, l'avance technologique et la maîtrise de l'information qui permettent aux plus grandes entreprises d'obtenir les marchés les plus importants, au point, parfois, de recourir à des méthodes plus discrètes, y compris par le biais d' « agences » de collection de renseignements.

Enfin, la méthode utilisée, celles « indices, graves, et concordants » permet ici, une évaluation poussée, et redoutable, des documents présentés, étant entendu que, par hypothèse, la preuve irréfutable de la corruption est pratiquement impossible, et le sera de plus en plus. Les indices ne reposent pas sur la nature du contrat, sauf à condamner tout usage des contrats de consultant, de mandat, d'agent commercial, etc., mais sur leur exécution, s'agissant, en l'espèce, de la disproportion entre les services rendus et les rémunérations accordées, la faiblesse des moyens, humains et matériels, utilisés, l'existence d'acquisitions d'œuvres d'art ou de meubles coûteux mystérieusement absents des inventaires, de l'obtention de documents confidentiels faisant état de l'évolution des dossiers d'appels d'offres (on parlerait, en droit de la concurrence, d'échanges d'informations et, en droit financier, de « délit d'initié »), et enfin, ce qui est plus nouveau, le fait que l'une des parties aient été coutumière de ces pratiques, ce qui aurait pu conduire, au même titre que celui de la surveillance des opérations de blanchiment, à quelque prudence de la part des arbitres.

**D. Mainguy**

## **2. Embargo**

---

<sup>182</sup> Cf. E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev.

arb., 2017.805.

<sup>183</sup> B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », JDI 1987, p. 5.

**21. Les règles d'embargo résultant de mesures internationales relèvent de l'ordre public international. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2020, n° 18-18.088, *Ministère de la justice de la République d'Irak c. Finmeccanica*.** Les contrats de vente d'armes constituent un élément majeur des échanges économiques, qu'on le loue ou pas, et posent souvent une question de souveraineté essentielle<sup>184</sup>, à la fois pour le vendeur et pour l'acheteur, dans un contexte international<sup>185</sup> voire pour des espaces régionaux<sup>186</sup>. Ces ventes d'armes, particulièrement discrètes en doctrine<sup>187</sup>, peuvent s'inscrire dans le cadre de relations ordinaires de coopération militaire, mais aussi dans des conditions plus conflictuelles, lorsqu'elles s'inscrivent dans des relations plus complexes, notamment avec des Etats à réputation discutée, voire proprement clandestine. Or ces contrats sont encadrés de bien d'autres, des contrats de maintenance, de formation, des contrats d'intermédiaire, etc., dont le lien avec le contrat principal est évident.

Par ailleurs, la situation internationale, ou bilatérale, existant au moment de leur conclusion peut ensuite varier, jusqu'à des situations d'embargo, les armes n'étant d'ailleurs pas les seuls objets de ces mesures. Les mesures d'embargo peuvent par ailleurs être décidées de manière unilatérale, un pays décidant que tel autre ne pourrait plus accéder à telle activité, voire à toute activité, ou multilatérale, dans le cadre des Nations-Unies notamment. Du point de vue des contentieux liés à l'exécution de ces contrats, la situation est alors délicate, comme elle se présentait ici, dans cet arrêt dont on doit signaler qu'il ne fait pas l'objet d'une mise en valeur particulière par la Cour de cassation, face à la demande d'un pays soumis à

---

<sup>184</sup> Cf. D.-L. 18 avr. 1939, mod. 20 déc. 2004, *fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions*, art. 11 à 13, interdisant le principe de l'exportation d'armes sauf agrément préalable par autorisation interministériel et prohibant l'exportation « clandestine ».

<sup>185</sup> Traité des Nations-Unies sur le Commerce des Armes (TCA) du 2 avril 2013, entré en vigueur le 24 décembre 2014. Adde E. Guematcha, « La réglementation internationale du commerce international des armes classiques : le traité du 2 avril 2013 et la protection de la personne », *Rev. québ. De Dr. int.* 2<sup>°</sup>16, p. 75.

<sup>186</sup> Cf. Règl. n°2019/1092, 18 juill. 2018, établissant *le programme européen de développement industriel dans le domaine de la défense visant à soutenir la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union*.

<sup>187</sup> V. Toutefois, V. Heuzé, « De la loi applicable à un contrat de courtage d'armes de guerre », note sous Paris, 29 janv. 1991, *Pentabury*, RCDIP 1991, p. 731, adde Paris, 9 janvier 1966, cette *Revue* 1966.264, note P. Louis Lucas, Cass. crim. 11 juill. 2017, n°17-81.510, RTDcom. 2017, p. 1025, obs. B. Bouloc.

embargo, dans un arbitrage international, reposant sur un litige né à propos d'un contrat conclu avant une mesure d'embargo.

L'espèce réfère à l'embargo décidé contre la République d'Irak pour faits antérieurs aux conditions de l'embargo, la première guerre d'Irak en 1990-1991. Le 2 août 1980, le ministère irakien de la Défense avait conclu avec la société italienne Cantieri Navali Riuniti (devenue Fincantieri), plusieurs contrats portant sur la livraison de navires de guerre, la fourniture de pièces de rechange, la formation de ses personnels, ainsi que sur des prestations d'ingénierie et d'assistance technique pour la construction d'un chantier naval. Le même jour, ce ministère a conclu avec la société italienne Oto Melara (devenue Finmeccanica), une convention distincte portant sur la livraison de missiles et de munitions destinés aux navires commandés. Chaque contrat comportait une clause d'arbitrage renvoyant au règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. A la suite de l'invasion du Koweït par les troupes irakiennes, le 2 août 1990, le Conseil de Sécurité des Nations Unies a, par une résolution 661 (1990) du 6 août 1990, enjoint aux Etats membres de prendre toutes mesures à l'effet de cesser toutes relations commerciales et financières de leurs nationaux avec l'Irak et ceci « *nonobstant tout contrat passé ou toute licence accordée avant la date de la présente résolution* ». En complément, par une résolution 687 du 3 avril 1991, il a été décidé, dans son article 29, « *que tous les Etats, y compris l'Irak, prendront les mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée par les pouvoirs publics irakiens, par toute personne physique ou morale en Irak ou par des tiers agissant par son intermédiaire ou pour son compte et se rapportant à un contrat ou à une opération dont l'exécution aurait été affectée du fait des mesures décidées par le Conseil de Sécurité dans sa résolution 661 (1990) et ses résolutions annexes* ». Cette mesure d'embargo a été mise en œuvre au sein de la CEE par le règlement CEE n° 3541/92 du Conseil du 7 décembre 1992. Son article 2.1 « *interdit de faire droit ou de prendre toute disposition tendant à faire droit à une demande présentée par toute personne physique ou morale en Irak, résultant de ou liée à un contrat ou à une opération dont l'exécution a été affectée directement ou indirectement, en totalité ou en partie, par les mesures décidées conformément à la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et à ses résolutions connexes* ». Son article 3 n'exclut du champ d'application de l'article 2 que « *les demandes relatives aux contrats ou opérations, à l'exception de toute garantie ou contre-garantie financière, pour lesquelles les personnes physiques ou morales visées à*

*l'article 2 font la preuve devant une juridiction d'un Etat membre que la demande a été acceptée par les parties antérieurement aux mesures décidées conformément à la résolution 661 (1990) du Conseil de Sécurité des Nations Unies et à ses résolutions connexes, et que ces mesures n'ont pas eu d'incidence sur l'existence ou le contenu de la demande* ». Par ailleurs, le Règlement ne contient pas de « clause d'expiration ». La résolution 1483/2003 du Conseil de Sécurité de l'ONU du 22 mai 2003 a ensuite levé les interdictions de commerce avec l'Irak, à l'exception des ventes d'armes ou de matériel connexe. Le considérant 16 du règlement (CEE) du Conseil n°1210/2003 confirmait en outre que le règlement n°3541/92 ne contient pas de clause d'expiration.

Le litige portait donc sur un contrat antérieur aux mesures d'embargo, mais déclenché après leurs mise en œuvre et, *a priori*, leur perpétuation. Une sentence préliminaire rendue à Paris le 18 juin 2006 par le tribunal arbitral a déclaré irrecevables les demandes du ministère de la Justice d'Irak, puis une sentence finale a statué, le 5 février 2007, sur la liquidation des frais. Le ministère irakien de la Justice a alors engagé une action en annulation contre la sentence devant le juge du siège, le juge français. La Cour d'appel a, le 16 janvier 2018, écarté le recours et le ministère irakien de la Justice engageait un pourvoi en cassation fondé sur le fait que la demande aurait dû être recevable, au nom de l'ordre public international français et du déni de justice qui résulte de la sentence, dans la mesure où le ministère irakien n'a pu faire valoir ses demandes, de sorte que son « droit au juge » aurait été violé en étant privé de l'exercice de ce droit par l'impossibilité de voir examiner ses demandes.

La première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi car, rappelant d'abord la réglementation déjà présentée, d'où elle conclut que « *l'arrêt retient que la République d'Irak a été mise en mesure de discuter la portée des sanctions adoptées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies et du règlement communautaire pris pour leur application* ». Il en résulte, et c'est la question ici appréciée que « *la solution donnée au litige par le tribunal arbitral n'était pas contraire à l'ordre public international et n'avait consacré aucun déni de justice* ».

La question posée à la Cour de cassation, alors que la sentence avait considéré les demandes irrecevables en raison de la permanence des mesures d'embargo, et que la Cour d'appel de Paris n'avait pas reçu l'action en annulation engagée par les autorités irakiennes<sup>188</sup>, était de savoir si l'irrecevabilité des demandes irakiennes prononcée par la

<sup>188</sup> Paris, 16 janv. 2018, n° 16/05996, D. 2018. 2448, obs. T. Clay.

sentence arbitrage, en raison des mesures d'embargo, et de leur persistance, était, ou non, contraire à l'ordre public international en tant que tel et en tant qu'elle provoquait un déni de justice. La Cour considérait d'une part que le champ d'application des règles imposant l'embargo impliquait un tel rejet des demandes et qu'aucun déni de justice, par refus d'accès à un juge, ne pouvait être envisagé, puisque le demandeur avait, même vainement, pu présenter ses demandes au tribunal arbitral constitué dans les conditions posées par la convention d'arbitrage de sorte que l'arrêt d'appel, pas plus que la sentence, n'étaient contraires à l'ordre public international ni entachés d'un déni de justice.

Les deux aspects de l'ordre public international sont ici en jeu et présentés de manière imbriquée, d'une manière d'ailleurs plutôt orientée vers la question de la violation de l'ordre public procédural, alors qu'est surtout intéressante celle de l'étendue de l'ordre public international de fond, à travers la question de savoir si l'appréciation des règles d'embargo en relève et donc si une appréciation stricte de ces règles peut être considérée comme une violation de cet ordre public international. A bien des égards la question n'est pas très bien posée : ce serait plutôt la situation inverse. La non-prise en compte des mesures d'embargo aurait-elle été contraire à l'ordre public international. En découle alors, et d'autre part, la question de l'ordre public international procédural, si la décision arbitrale prononçant l'irrecevabilité de la demande, sur le premier fondement, réalisait un déni de justice.

Si l'arrêt rapporté n'offre pas la meilleure illustration du problème soulevé, il n'en reste pas moins, à notre connaissance, le premier à se prononcer sur cette question et, sur le premier point, il nous semble que la question du respect des règles d'embargo participe indubitablement de l'ordre public international, au même titre que le respect des règles anticorruption, antiblanchiment, etc., ne serait-ce qu'en raison de la présence, majeure, de ces règles, dans le droit américain, avec, d'ailleurs, un effet extraterritorial dont la banque BNP Paribas a fait douloureusement les frais<sup>189</sup>. Rappelons que dans cette affaire, la société BNP Paribas avait réalisé, via diverses filiales, des opérations de banque avec des entreprises soudanaises, iraniennes et cubaines, alors que les lois américaines, dite par exemple « loi Helms-Burton » de 1996 s'agissant de Cuba ou « d'Amato-Kennedy » de 1996 s'agissant de la Libye et de l'Iran, place ces activités sous embargo.

---

<sup>189</sup> Cf. *USA c. BNP, DPA* 28 juin 2014, JCP G, 2014, 1967, obs. L. d'Avout.

L'effet extraterritorial des lois américaines, particulièrement discuté<sup>190</sup>, aboutissait alors à considérer que le fait d'utiliser la monnaie américaine, des chambres de compensation américaines voire des courriels transitant par le territoire américain, permettait au Department of Justice d'engager des poursuites contre cette société, aboutissant à un accord, un *Deferred Prosecution Agreement*, par lequel elle acceptait en juin 2014 sa responsabilité et le paiement d'une amende de 9 milliards de dollars. Les lois « Helms-Burton » et « d'Amato-Kennedy » sont les plus connues, mais elles s'accompagnent de plus de trente programmes de « sanctions » à des titres divers, comprenant la lutte contre le terrorisme et, récemment, la sortie unilatérale des Etats-Unis de l'accord sur le nucléaire iranien accompagnée de sanctions, ayant d'ailleurs provoqué des effets immédiats chez nombre de sociétés transnationales.

D'une manière plus générale, la question se pose alors de savoir si des pratiques de contournement, directes ou indirectes, de mesures d'embargo sont susceptibles d'intégrer l'ordre public international au point, comme en l'espèce, de rendre irrecevable une demande fondée malgré un tel embargo. Il faudrait en outre, peut-être distinguer entre les mesures internationales d'embargo et les mesures purement nationales. La distinction pourrait intéresser d'autres situations que celle de l'espèce, comme celle d'un contrat ayant pour objet une telle pratique et qui ferait l'objet d'un litige soumis à des arbitres, par exemple après une procédure négociée américaine alors que le *Statement of facts* qui fait partie intégrante du *DPA* pourrait être considéré comme opposable dans une procédure subséquente, par exemple arbitrale. La question est importante dans les situations dans lesquelles des mesures d'embargo s'imposent comme des *mesures unilatérales*, dans le cas des procédures américaines par exemple, de sorte que la validité d'une sentence rendue en France n'en tenant pas compte, pourrait ne pas être annulée, ce qui supposerait un acte de résistance important du juge français de la conformité d'une sentence arbitrale à l'effet extraterritorial des lois américaines, mais également et surtout, comme en l'espèce, dans le cas de *mesures d'embargo*

---

<sup>190</sup> Cf. L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires, JCP G 2015, 1112, M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises », JCP G 2015, 37. V. aussi R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapp. AN, 26 juin 2019, P. Lellouche et K. Berger, (dir.), *Sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, Rapp. AN, 5 oct. 2016, A. Garapon et P. Servan-Schreider (dir.), *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

*multilatérales*. De telles mesures d'embargos constituent en effet des éléments de rétorsion, des sanctions internationales, notamment celles décidées par le Conseil de sécurité des Nations-Unies et fondées sur les articles 39 et suivants de la Charte des nations-Unies, visant à faire cesser un trouble illicite voire punir son auteur<sup>191</sup>, ce qui permet par extrapolation de les intégrer dans l'ordre public international.

La question est d'autant plus importante que la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris a récemment évolué, en faveur d'une approche plus stricte de la violation de l'ordre public international (français) dans le classique débat portant sur la conception minimaliste ou maximaliste de l'ordre public international<sup>192</sup>, débat largement fondé sur l'appréciation une question voisine, celle de l'interdiction, essentielle, faite au juge de la validité (ou de l'*exequatur*) d'une sentence arbitrale de réviser, au fond, la sentence arbitrale. Or, les deux conceptions aboutissent, du point de vue du raisonnement juridique, à un résultat paradoxal : la conception minimaliste aboutit à permettre à des sentences internationales contraires à l'ordre public international d'intégrer l'ordre public français et la conception maximaliste aboutit à imposer au juge un effort de contrôle qui tend vers la révision au fond de la sentence. C'est donc un choix de politique judiciaire. Si en effet, la Cour d'appel avait, en 1993, retenu une solution tendant vers un contrôle important dans l'arrêt *Westman* et auparavant dans « *l'affaire des Pyramides* »<sup>193</sup>, solution renversée dans le célèbre arrêt *Thalès* en 2004 à travers la formule fameuse selon laquelle le contrôle de la validité de la sentence arbitrale est limité aux « « atteintes flagrantes, effectives et concrètes » »<sup>194</sup>. Il s'agissait donc de limiter le

---

<sup>191</sup> R. Chemain, *Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus*, Rep. Dr. int. 2017, sp. n°31s.

<sup>192</sup> Comp. J. Jourdan-marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017.

<sup>193</sup> Paris, 30 sept. 1993, *Westman*, Rev. arb. 1994, p. 359 (« Le contrôle de la cour d'appel doit porter en fait et en droit sur tous les éléments permettant de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat » et « en décider autrement aboutirait à priver le rôle du juge de toute efficacité et, partant, sa raison d'être ». Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties* (*affaire « des Pyramides »*), Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger, JDI 1987, p. 638, note B. Goldman, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1998 : Rev. arb. 1999, p. 71, note E. Loquin

<sup>194</sup> Paris, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Séraglini, Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Defense c. GIE Euromissile*, JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot, I, 134, n°8, obs. Ch. Séraglini, JDI 2005, p. 357, note A. Mourre, D. 2005, pan. 3058, obs. Th. Clay, RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin, Rev. crit. DIP 2006, p. 104, note S. Bollée.

contrôle aux seules atteintes devant « crever les yeux » du juge, selon le propos même utilisé par la Cour d'appel dans l'affaire *Thalès* reprise dans l'affaire *Cytec* en 2008<sup>195</sup>. Entretemps, la montée en puissance de la lutte contre le phénomène de corruption<sup>196</sup>, actée par les dispositions, en France, de la loi Sapin II et de la possibilité de conclure des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP), dix ayant déjà été conclues sous l'autorité du parquet national financier, a montré les limites de la jurisprudence *Thalès*. Dès 2014<sup>197</sup>, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris a changé, par l'abandon de l'adjectif « flagrant », sa position, dans des affaires dans lesquelles des faits de corruption étaient présentes, en retenant la même formule : « *il appartient au juge de l'annulation de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international* » revenant ainsi à la solution de l'arrêt *Westman*. La Cour réitérait cette position en 2017 dans une affaire *République du Kirghizistan* opposant cette dernière à une banque expropriée, dont les actionnaires avaient obtenu dans une sentence arbitrale une indemnisation, alors qu'elle avait été acquise dans des conditions discutables et se livrait à des opérations de blanchiment d'argent<sup>198</sup>. La sentence était alors annulée sans que la preuve de ces

---

Adde : L.G Radicati di Brozzolo, « L'illicéité qui "crève les yeux", critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », Rev. arb. 2005, p. 529, Ch. Séraglini, « L'affaire Thales et le non usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation », Gaz. Pal. 21-22 oct. 2005.

<sup>195</sup> Cass. civ. 1ère, 4 juin 2008, *Cytec*, D. 2008, p. 1684, note X. Delpech, Rev. arb. 2008, p. 473, note I. Fadlallah : « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution à l'ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».

<sup>196</sup> E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », Rev. arb. 2017, p. 805.

<sup>197</sup> Paris, 4 mars 2014, D. 2014, p. 1967, obs. S. Bollée; Rev. arb. 2014, p. 955, note L.C. Delanoy (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2015, Rev. arb. 2016, p. 219, note L. Ch. Delanoy, pourvoi rejeté); Paris, 14 oct. 2014, *Rép. Du Congo*, D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay; Paris, 4 nov. 2014, *Man Diesel*, Rev. arb. 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; D. 2014, p. 2031, obs. S. Bollée.

<sup>198</sup> Paris 21 févr. 2017, n°15/01650, *Rép. Kirghizistan c. Belokon*, D. 2017. 2054, obs. S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay ; Rev. arb. 2017. 915, note S. Bollée et M. Audit ; RDC 2017. 304, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet, RTDcom.2019, p.42, obs. E. Loquin, Paris, 16 mai 2017, *Rép. Du Congo*, n°15/17442, D. 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2559,

pratiques illicites soient rapportées mais sur la base « d'indices graves, précis et concordants » et en faisant référence aux dispositions de la Convention de Mérida du 9 décembre 2003 contre la corruption. Dès lors, les sentences condamnant l'inexécution de contrats susceptibles d'être considérés comme des pactes corruptifs ne peuvent entrer dans l'ordre juridique français par la voie de l'executatur de ces sentences<sup>199</sup>.

Ce rappel permet d'observer que les pratiques de corruption et de trafic d'influence d'agent public étranger, de blanchiment d'argent, dont l'intégration dans la conception française de l'ordre public international ne fait pas de doute font désormais partie des attentions que les arbitres doivent prendre en compte, ce qui rend compte d'ailleurs des « *Prague Rules* » ou *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* du 14 décembre 2018<sup>200</sup> notamment en ce qu'ils promeuvent la règle « *jura novit curia* » (art. 7.2) et le rôle « proactif » de l'arbitre (art. 2) et ce faisant la possibilité d'invoquer des règles non explicitées par les parties.

Il permet d'observer que les pratiques relatives à des contournements de règles d'embargo résultant de mesures internationales entrent, par la petite porte certes, dans le champ de l'ordre public international : « *la solution donnée au litige par le tribunal arbitral n'était pas contraire à l'ordre public international (...)* » décide la Cour de cassation, et donc, *a contrario*, les règles d'embargo relèvent bien, aussi, de l'ordre public international. La grande porte eût été une décision d'annulation d'une sentence qui aurait écarté ou ignoré les règles d'embargo, mais l'affaire ici étudiée permet de louer l'action des arbitres. Reste à mesurer l'efficacité des règles d'embargo *unilatérales*, américaines par exemple, devant un arbitre et devant le juge étranger, français par exemple.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2020, l'absence de contrariété à l'ordre public international procédural qu'aurait constitué un déni de justice repose sur le fait que la République d'Irak avait pu former ses demandes, celles-ci ayant été considérées comme irrecevables, sous le couvert de règles internationales, ici européennes. Or la question pourrait

---

obs. T. Clay ; JDI 2017. Comm. 20, note E. Gaillard; Rev. arb. 2018. 248, note J.-B. Racine.

<sup>199</sup> Paris, 10 avr. 2018, *Alstom Transport*, Rev. arb. 2018, p. 574, note E. Gaillard, D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2460, obs. Th. Clay, Paris , 28 mai 2019, n°16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Lt d c /A BL*, Rev. arb. 2019, p. 850, Note E. Gaillard, Gaz. Pal. Gaz. Pal. 2 juill. 2019, n° 354z1, p. 22, note D. Bensaude.

<sup>200</sup> M. Henry « Les *Prague Rules* : ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage », Rev. arb. 2019, p. 315.

être posée dans le cas d'une sentence qui rejetterait la demande sur le fondement de la violation d'une règle d'embargo unilatérale par exemple en application d'une loi américaine, en suite ou non d'une procédure négociée aux Etats-Unis.

**D. Mainguy**

### **3. Blanchiment d'argent**

**22. Dénoncer ou protéger ? (Ord. n° 2020-115 du 12 fevr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Décr. N° 2020-1 18 du 12 fevr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme Décr. n° 2020-119 du 12 fevr.2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme).** La lutte contre le blanchiment d'argent a progressivement élargi son champ d'application, de l'argent du grand banditisme et de la mafia jusqu'au financement du terrorisme, en passant par le trafic de drogue et le trafic de personnes humaines. A cette fin, la directive n°2018/843 du 30 mai 2018 *relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme*, et qu'il est question de transformer en règlement, a été transposée en droit français par l'ordonnance n°2020-115 du 12 février 2020, complétée aussitôt par des décrets d'application.

Au-delà des questions techniques posées par le dispositif sur lesquels il conviendra de revenir, un élément attire l'attention, la question de la déclaration de soupçon, posée dans l'article L. 561-15, I du Code monétaire et financier, imposée à la litanie décrite dans l'article L. 561-2 du même Code, dont les avocats. Pour autant très peu de telles déclarations de soupçon ont été réalisées par un avocat.

Cette résistance, ou bien l'ignorance de ces règles, par les avocats est révélatrice d'un état d'esprit qui emprunte, évidemment, aux traditions et aux valeurs des avocats « à la française », faite d'indépendance et de compétence. De ce point de vue, la notion de « secret professionnel » attaché à la relation existant entre un avocat français et son client est très différente de celle de « legal privilege » américain par exemple qui isole ces relations, mais sans interdire, bien au contraire, à l'avocat, de dénoncer les éventuels délits, crimes ou fraudes qui pourraient être portés à sa

connaissance. Toute la question de l'efficacité de la lutte contre le blanchiment d'argent, comme bien d'autres comportements frauduleux ou délictueux, se trouve concentré dans cette difficulté, d'ordre politique, selon qu'on admet que, par principe, c'est aux enquêteurs d'établir la preuve de ces faits ou que la poursuite de ces faits est tellement essentielle pour un Etat qu'il importe que tous, avocats compris, y participent : les avocats français demeurent, pour l'instant, dans le champ des principes<sup>201</sup>.

**D. Mainguy**

**23. Compétence du procureur de la République financier pour enquêter sur le blanchiment en France du produit d'infractions commises à l'étranger (Crim. 1<sup>er</sup> avril 2020, n° 19-80875).** La France, terre de luxe, pays de cocagne, un terrain idéal pour investir l'argent mal acquis à l'étranger. En l'espèce, l'ancien vice-président et ministre des finances de la région de Moscou était soupçonné par les autorités russes d'avoir créé, avec son épouse et d'autres personnes, une organisation établissant de faux contrats avec diverses municipalités de la région moscovite pour obtenir de ces dernières des cessions de créances pour un montant de 3,8 milliards de roubles. La commission des faits avait naturellement été facilitée par la qualité de ministre des finances de la région moscovite du suspect.

L'épouse de ce dernier, de nationalité américaine, dirigeait une société de droit américain, la société Russian Investment Group (RI Group). Cette société dirigeait à son tour la société holding Société des Hôtels d'Altitude (SHA). La SHA a obtenu des prêts pour un montant total de 45 millions d'euros contractés auprès d'une société de droit chypriote elle-même financée puis absorbée par la société RI Group. Grâce à ces fonds, la SHA acquit la société des Hôtels Pralong et Crystal 2000 (SHPC 2000), propriétaire des hôtels du même nom à Courchevel.

Le procureur de la République d'Albertville, saisi par les autorités judiciaires russes d'une demande d'entraide, ouvrit également une enquête préliminaire avant de se dessaisir au profit du parquet du JIRS de Lyon, lequel se dessaisit à son tour au profit du procureur de la République financier. Au cours de l'enquête, le procureur de la République financier obtint du juge des libertés et de la détention la saisie de l'hôtel Pralong. La

---

<sup>201</sup> M. Billet, J. C. Krebs et C. Leroy, La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, Dossier spéç <https://www.cnb.avocat.fr/sites/defauVfiles/article-lobserveur-de-bruxelles-juillet-2019.pdf>.

chambre de l'instruction refusa d'annuler cette saisie et c'est contre sa décision que le pourvoi fut formé par la société Pralong (la SHPC 2000 ayant été dissoute de manière anticipée suite à son acquisition).

Deux moyens contestaient d'une part la compétence du procureur de la République financier pour connaître du blanchiment d'une infraction commise à l'étranger et, d'autre part, que les pièces sur lesquelles s'appuyait la chambre de l'instruction pour autoriser la saisie spéciale aient bien été communiquées à la société Pralong. Ce second moyen est assez factuel, la chambre criminelle l'écartant en démontrant matériellement que les pièces dont les parties ont eu connaissance permettaient bel et bien de supposer (cela suffit au stade des investigations pour autoriser une saisie spéciale) que les fonds utilisés pour acquérir l'hôtel sont issus des détournements de fonds commis en Russie par l'organisation évoquée.

En revanche, le premier moyen offre à la Cour de cassation l'occasion d'apporter une précision essentielle. Selon la société demanderesse, le procureur de la République financier n'a été institué que pour veiller à la moralisation de la vie publique française et ne peut connaître du blanchiment d'infractions commises à l'étranger. L'article 705 du code de procédure pénale liste les infractions pour lesquelles le procureur de la République financier est compétent. Parmi celles-ci figurent les atteintes à la probité prévues par les articles 432-10 et suivants du code pénal « *dans les affaires qui sont ou apparaîtraien d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent* » (CPP, art. 705, 1<sup>o</sup>) ainsi que le blanchiment de ces mêmes infractions (CCP, art. 705, 6<sup>o</sup>). Selon la société Pralong, le procureur de la République financier n'est pas compétent pour connaître d'une infraction réprimée par le code pénal de la Fédération de Russie ou de son blanchiment.

La Chambre criminelle balaie cette interprétation restrictive de l'article 705 du code de procédure pénale comme contraire tant à la volonté du législateur national qu'à celle des instances européennes et internationales qui tendent à favoriser la dimension internationale des poursuites en matière de blanchiment. Les faits décrits et pour lesquels l'ancien ministre des finances et vice-président de la région de Moscou et son épouse ont été renvoyés devant une juridiction pénale russe correspondent abstrairement à la qualification de détournement de fonds publics (CP, art. 432-15). Dès lors que les fonds obtenus par ce moyen ont été utilisés en France, le procureur de la République financier était compétent pour ouvrir une

enquête sur le blanchiment du produit de cette infraction. Cette précision vient utilement compléter la jurisprudence affirmant que les textes qui définissent le délit de blanchiment n'imposent ni que l'infraction ayant permis d'obtenir les sommes blanchies ait eu lieu sur le territoire national ni que les juridictions françaises soient compétentes pour la poursuivre<sup>202</sup>.

## É. Clément

**24. Caractérisation de l'opération de placement (Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542).** Constitue un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit<sup>203</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation était notamment interrogée sur la définition de la notion d'opération de placement.

Un homme dirigeait une société qui intervenait dans la constitution de dossiers de défiscalisation mensonger dans le cadre du programme de défiscalisation dit « loi Girardin ». Pour ce fait, il était poursuivi et condamné pour escroquerie en bande organisée et, pour avoir transféré les fonds provenant de ces escroqueries présumées sur un compte personnel, pour blanchiment.

Son pourvoi critiquait la motivation de la peine prononcée à son encontre, mais également la caractérisation de l'infraction de blanchiment. Selon le pourvoi, la seule utilisation de fonds provenant de la commission d'une infraction ne saurait, en l'absence de dissimulation, constituer l'élément matériel de l'infraction de blanchiment.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation balaie l'argument<sup>204</sup>. Elle définit l'opération de placement comme consistant notamment à mettre en circulation dans le système financier des biens provenant de la commission d'un crime ou d'un délit. Elle ajoute que l'opération de placement ne suppose nullement une dissimulation. Dès lors, toute opération de dépôt ou de virement du produit d'une infraction sur un compte bancaire constitue une opération de placement au sens de l'article 324-1 du code pénal.

Le fait que l'agent ait placé sur son compte bancaire les fonds issus de l'infraction qu'il a lui-même commise est en la matière indifférent. Il est

---

<sup>202</sup> Crim. 24 févr. 2010, n° 09-82.857, Bull. crim. n° 37 ; JCP 2010, n° 23, note C. Cutajar ; Gaz. Pal. 2010. II. 2322, note Morel-Maroger.

<sup>203</sup> CP, art. 324-1, al. 2.

<sup>204</sup> Crim. 18 mars 2020, n° 18-85542, *Dalloz Actu*, 26 mai 2020, obs. J. Gallois.

désormais bien établi en jurisprudence qu'à l'inverse du recel, l'incrimination de blanchiment est applicable à l'auteur de l'infraction d'origine<sup>205</sup>. Rien ne s'opposait par conséquent à ce que l'intéressé soit en l'espèce poursuivi à la fois pour escroquerie en bande organisée et pour blanchiment du produit de cette infraction.

Le principe cardinal de l'autonomie du droit pénal permet assurément à la Cour de cassation de définir le placement comme elle l'entend. La Chambre criminelle en adopte une conception particulièrement large, l'adverbe « notamment » indiquant clairement qu'elle n'entend pas limiter la notion à la définition proposée. La volonté de faciliter la répression semble avoir dicté cette acception, mais les implications d'une telle solution peuvent inquiéter. Sauf à ce qu'il ait caché son butin sous son matelas, tout auteur d'un crime ou d'un délit lui ayant procuré un profit (direct ou indirect, rappelons que le code pénal ne fait à ce sujet aucune distinction) ne pourra-t-il pas être également poursuivi pour blanchiment ? La question se posera notamment lorsque le délinquant primaire utilisera le produit de son acte pour payer quelque chose en liquide tout en sachant que son cocontractant (notamment s'il s'agit d'un professionnel) déposera l'argent sur son compte bancaire. Cela devra-t-il être considéré comme une « mise en circulation de l'argent dans le système financier » ?

## É. Clément

**25. Blanchiment et non-respect de l'obligation de déclaration des fonds transférés (Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491).** Contrôlé par les douanes à bord d'une voiture immatriculé en Espagne, une personne déclarait ne pas transporter de fonds supérieurs à 10 000 euros. En fouillant le véhicule, les douaniers y découvrirent pourtant la somme de 76 000 euros en billets de banque. Deux personnes se sont prétendues propriétaires des fonds, elles ont alors été poursuivies et condamnées, tant en première instance qu'en appel, pour blanchiment du produit d'un délit de fraude fiscale.

---

<sup>205</sup> Crim. 14 janv. 2004, n° 03-81.165, Bull. crim. n° 12 ; D. 2004. 1377, note C. Cutajar ; RSC 2004. 350, obs. R. Ottenhof ; JCP 2004. IV. 1487 ; ibid. II. 10081, note H. Matsopoulou ; Gaz. Pal. 2004. 1. 1171, note Raynaud ; ibid. 2004. 2. Somm. 2626 ; Dr. pénal 2004. Comm. 48, obs. M. Véron ; Crim. 28 oct. 2015, n° 14-85.120 ; Crim. 14 juin 2017, n° 16-84.921 ; RSC 2017. 750, obs. H. Matsopoulou

Les articles 464 du code des douanes et L152-1 du code monétaire et financier imposent de déclarer tout transfert de fonds vers un État-membre de l'Union européenne ou depuis un tel État dès lors que le montant de ces fonds est supérieur à 10 000 euros. Toute la question posée en l'espèce était de savoir si le seul fait de ne pas avoir respecté cette obligation permettait de constituer l'infraction de blanchiment. L'alinéa 2 de l'article 324-1 du code pénal dispose que « *Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.* » À partir de ce texte, la Chambre criminelle de la Cour de cassation répond en deux temps à la question posée<sup>206</sup>.

Premièrement, elle affirme que le transfert de fond sans avoir respecté l'obligation de déclaration constitue une opération de dissimulation au sens de l'article 324-1 du code pénal. Cette solution signifie que l'opération de dissimulation s'entend non seulement d'une dissimulation des fonds eux-mêmes, mais également d'une dissimulation d'un mouvement de ces fonds. La Cour de cassation précise que cette interprétation a été réalisée « *à la lumière de l'article 6 de la convention de Strasbourg du 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépistage et à la saisie et à la confiscation des produits du crime et de l'article 3 b) de la directive 2018/1673/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal* ». Interprétation souple, mais pas extensive, elle semble demeurer dans les limites de ce qu'il impose le principe d'interprétation stricte du droit pénal. Elle n'est d'ailleurs pas nouvelle<sup>207</sup>.

Deuxièmement toutefois, la Chambre criminelle affirme que la simple violation de l'obligation de déclaration ne suffit pas à établir l'origine frauduleuse des fonds. Pour constituer le blanchiment, il ne suffit pas que des fonds aient été dissimulés, il faut encore prouver d'une part qu'ils sont le produit de la commission d'un crime ou d'un délit et d'autre part que l'agent en avait conscience<sup>208</sup>. Selon la jurisprudence classique, il n'est pas nécessaire que le ou les auteurs de l'infraction d'origine aient été condamnés ou même simplement poursuivis<sup>209</sup> mais il est nécessaire que

<sup>206</sup> Crim. 18 mars 2020, n° 18-86491, *Dalloz Actu*, 26 mai 2020, obs. J. Gallois.

<sup>207</sup> Crim. 6 mars 2019, n° 18-81.059 ; D. actu. 26 mars 2019, obs. Diaz ; D. 2019. 539 ; ibid. Pan. 1858, obs. C. Mascala ; AJ pénal 2019. 323, obs. J. Goldszlagier ; infra, n° 27.

<sup>208</sup> Crim. 3 déc. 2003, n° 02-84.646 ; JCP 2004. II. 10066, note C. Cutajar.

<sup>209</sup> Crim. 25 juin 2003, n° 02-86.182 ; JCP 2004. I. 157 ; Dr. pénal 2003. Comm. 142, obs. M. Véron ; RSC 2004. 350, obs. R. Ottenhof ; Gaz. Pal. 2004. 1. Doctr. 790, obs. Ducouloux-Favard ; Crim. 20 févr. 2008, n° 07-82.977, Bull. crim. n° 43.

cette infraction soit établie dans tous ses éléments constitutifs<sup>210</sup>. L'article 324-1-1 du code pénal permet de présumer l'origine illicite des fonds lorsque les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de dissimulation ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces fonds. Cette présomption permet de surmonter l'absence d'identification des auteurs de l'infraction d'origine ou l'indétermination des circonstances de sa commission<sup>211</sup>. Pourtant, elle n'avait pas été évoquée en l'espèce, ni par les juges du fond, ni par la Chambre criminelle. Dès lors l'incertitude demeure : la Cour de cassation censure-t-elle l'arrêt d'appel parce qu'il n'a pas utilisé cette présomption<sup>212</sup> ou parce que les éléments fournis ne permettaient pas de l'appliquer ? Elle a pu appliquer ladite présomption dans une espèce similaire, mais divers éléments y complétaient la violation de l'obligation déclarative<sup>213</sup>, ce qui invite à considérer que l'absence d'éléments en l'espèce justifiait que la présomption fut écartée.

Dans tous les cas, l'arrêt vient tempérer la portée que les arrêts antérieurs<sup>214</sup> ont conférée à la présomption. L'affirmation est essentielle, elle vient tempérer la portée que les arrêts. La Cour de cassation marque ainsi sa volonté de permettre une mise en œuvre effective mais encadrée de ce puissant instrument répressif.

## É. Clément

**26. Présomption d'origine frauduleuse des fonds (Crim. 4 déc. 2019, n° 19-82.469).** L'espèce précédente le démontre, la nécessité d'établir l'origine frauduleuse des fonds ou biens sur lesquels porte le blanchiment peut compliquer la répression. Conscient de cette difficulté, le législateur est intervenu par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance

<sup>210</sup> Crim. 25 juin 2003, préc. ; Crim. 7 oct. 2009, n° 08-84.348, Dr. pénal 2010. Comm. 22, note M. Véron.

<sup>211</sup> Crim. 4 déc. 2019, n° 19-82.469 ; D. actu. 24 janv. 2020, obs. J. Gallois ; cf. *infra*, n° 26.

<sup>212</sup> Alors qu'elle a par ailleurs admis un « raisonnement présomptif » à l'occasion d'une affaire dans laquelle la cour d'appel n'avait pas davantage mentionné cette présomption (Crim. 4 déc. 2019, cf. *infra* n° 24).

<sup>213</sup> V. Crim. 6 mars 2019, op. cit., *infra*, n° 27.

<sup>214</sup> Soit celui du 4 décembre 2019 (*infra*, n° 24) admettant un raisonnement présomptif, forme de présomption implicite, soit celui du 6 mars 2019 (*infra*, n° 25) abandonnant à l'appréciation souveraine des juges du fond la caractérisation des conditions de la présomption.

économique et financière pour établir une présomption. L'article 324-1-1 du code pénal prévoit que les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus.

Dans cette affaire, un homme n'ayant jamais déclaré d'activité professionnelle ni effectué de déclaration fiscale et bénéficiant du revenu de solidarité active avait déposé la somme de 210 100 euros sur un compte ouvert à la Banque Nationale d'Algérie alimenté par divers versements d'espèces depuis la France. Par ailleurs, il avait procédé à des échanges d'espèces en petite coupure dans une succursale de la Banque de France pour un montant de 95 000 euros. Il était alors poursuivi et condamné pour travail dissimulé et blanchiment du produit des infractions de travail dissimulé et de fraude fiscale. La cour d'appel motivait sa décision de condamnation par l'incapacité du prévenu à justifier de l'origine de ces fonds (il avait évoqué un négoce de véhicules, sans qu'aucun élément ne vienne corroborer cette affirmation). Ce dernier formait alors un pourvoi en cassation en reprochant à la juridiction du second degré d'avoir inversé la charge de la preuve.

Si l'article 324-1-1 du code pénal n'y soit pas évoqué, son contenu semble avoir inspiré la décision de la Chambre criminelle<sup>215</sup>. Celle-ci relève qu'il n'est pas nécessaire que les auteurs de l'infraction d'origine soient identifiés ou que les circonstances de sa commission aient été entièrement déterminées. Contrairement à l'espèce précédente (*supra*, n° 25), les éléments ici relevés par les enquêteurs ont paru suffisants à la Cour de cassation pour considérer que la preuve de l'origine frauduleuse des fonds était rapportée. La situation professionnelle et financière du prévenu ne permettait pas de justifier l'origine des fonds qu'il maniait fréquemment, d'où la possibilité de présumer qu'ils avaient une origine illicite. La cour d'appel n'avait donc pas inversé la charge de la preuve.

La formulation de l'arrêt interroge donc : est-ce la présomption d'origine frauduleuse des fonds qui a été implicitement mise en œuvre ou la Chambre criminelle considère-t-elle que les juges du fond ont bien établi la preuve du caractère frauduleux de cette origine grâce aux éléments dont ils disposaient ? Présomption ou raisonnement ? La lettre de l'arrêt semble soutenir la seconde hypothèse, mais son esprit emprunte à la première :

<sup>215</sup> Crim. 4 déc. 2019, n° 19-82.469 ; *D. actu.* 24 janv. 2020, obs. J. Gallois.

c'est un « raisonnement présomptif » des juges du fond que la Cour de cassation approuve ici<sup>216</sup>. La clarté du droit en la matière y perd ce que l'efficacité de la répression y gagne. Souhaitons qu'à l'avenir les juges du fond prennent davantage l'habitude de se référer à l'article 324-1-1 du code pénal et à la présomption qu'il renferme.

## É. Clément

**27. Présomption d'origine frauduleuse des fonds – *bis* (Crim. 6 mars 2019, n° 18-81.059).** Un ressortissant allemand était arrêté à la frontière entre la Suisse et la France en possession d'une enveloppe contenant la somme de 49 500 euros alors qu'il avait déclaré ne transporter aucun titre, somme ou valeur. Sur l'origine de cet argent, ses déclarations devaient varier, soit que l'argent appartînt à un ami garagiste désireux d'acheter un camion, soit qu'il lui ait été remis par son ex-femme suite à la vente d'un immeuble, cette dernière niant toute remise. Les autorités allemandes indiquèrent aux enquêteurs que l'homme, qui déclarait par ailleurs ne pas être imposable et vivre des allocations sociales, faisait l'objet d'une enquête pour escroquerie aux prestations sociales d'un montant de 51 839,75 €<sup>217</sup>. L'intéressé était alors poursuivi et condamné pour blanchiment.

Le prévenu formait un pourvoi en cassation considérant notamment que la présomption ne peut être mise en œuvre qu'en présence de conditions de fait ou de droit faisant supposer la dissimulation de l'origine ou du bénéficiaire réels de ces biens ou revenus.

La cour d'appel avait fondé sa condamnation sur la présomption d'origine illicite des fonds prévue par l'article 324-1-1 du code pénal. Elle relevait que l'absence de déclaration des fonds en constituait une dissimulation au sens de l'article 324-1 du code pénal. Par ailleurs, l'absence de justification du voyage du prévenu entre l'Allemagne, la Suisse et la France, les incohérences dans ses explications quant à l'origine des fonds et l'importance de la somme dissimulée permettaient de considérer que les circonstances de ce transport ne pouvaient avoir pour autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de cette somme. Selon

---

<sup>216</sup> En ce sens, V. J. Goldszlagier, « Présomption d'illicéité de l'origine des fonds en matière de blanchiment : précoce maturité de la jurisprudence », obs. ss. Crim. 18 déc. 2019, n° 19-82.496, AJ Pénal 2020. 132.

<sup>217</sup> Les autorités allemandes étant réputées pour leur rigueur, gageons qu'elles tenaient aux 75 centimes.

la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>218</sup>, ces motifs relevant de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond suffisent à justifier la condamnation prononcée. La solution retenue facilite grandement la répression du blanchiment et ce pour deux raisons.

En premier lieu, elle admet que le simple manquement à l'obligation de déclaration de transferts de capitaux à travers les frontières constitue une dissimulation. Cette solution a, on l'a vu<sup>219</sup>, été confirmée par la suite. Elle n'en demeure pas moins sévère dans la mesure où le terme de « dissimulation » aurait pu être interprété comme se référant à un acte positif et non à une simple abstention.

En second lieu, elle semble déléguer l'appréciation souveraine des juges du fond les conditions de mise en œuvre de la présomption, les incitant à en développer l'usage<sup>220</sup>. Sur cet aspect, l'arrêt précité du 18 mars 2020<sup>221</sup> incitera peut-être les tribunaux correctionnels et les cours d'appels à faire néanmoins l'effort indispensable de préciser les éléments de fait motivant le recours à cette présomption.

## É. Clément

### 4. Fraude fiscale

**28. Cumul des sanctions fiscales et pénales pour fraude fiscale : recette pour un principe *non bis in idem* à la sauce fiscale (Cass. crim. 11 septembre 2019, n° 18-81.040, n° 18-81.067, n° 18-81.890, n° 18-82.430, n° 18-84.144).** L'article 1729 du CGI prévoit des amendes fiscales en cas inexactitudes ou d'omissions dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt d'un montant de 40 % en cas de manquement délibéré ou de 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat.

L'article 1741 du CGI prévoit, indépendamment des sanctions fiscales applicables, des sanctions pénales sous forme d'amendes et d'emprisonnement à l'égard des personnes s'étant frauduleusement

<sup>218</sup> Crim. 6 mars 2019, n° 18-81.059 ; D. actu. 26 mars 2019, obs. Diaz ; D. 2019. 539 ; ibid. Pan. 1858, obs. C. Mascala ; AJ pénal 2019. 323, obs. J. Goldszlagier.

<sup>219</sup> Cf. *supra*, n° 25.

<sup>220</sup> En ce sens, V. J. Goldszlagier, « It's the economy, Stupid ! », obs. ss. Crim. 6 mars 2019 et Crim. 20 mars 2019, AJ Pénal 2019. 323.

<sup>221</sup> Cf. *supra*, n° 25.

soustraites ou ayant tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts, en ayant soit volontairement omis de faire leur déclaration dans les délais prescrits, soit volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit organisé leur insolvenabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse.

Les articles 1729 et 1741 du Code général des impôts entraînent ainsi la mise en œuvre d'une procédure originale en droit pénal français : ils permettent de cumuler des sanctions fiscales appliquées par l'administration fiscale sous le contrôle du juge de l'impôt et des sanctions pénales appliquées par le juge pénal.

L'indépendance des procédures fiscales et pénales, et donc le cumul des sanctions possibles, a longtemps été la règle.

Puis la Cour européenne des droits de l'homme est venue interpréter le principe *ne bis in idem* tel qu'issu de l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en prohibant la répétition des poursuites et des sanctions de nature pénale pour les mêmes faits<sup>222</sup>.

En matière de fraude fiscale plus spécialement, la CEDH et la CJUE ont permis une dérogation au principe *ne bis in idem* à condition que les procédures soient mises en œuvre de façon complémentaire. La CEDH impose une complémentarité entre les procédures résultant d'un lien temporel et matériel étroit<sup>223</sup>. La CJUE impose quant à elle que le cumul soit soumis à une réglementation assurant une coordination des procédures pour limiter au strict nécessaire la charge supplémentaire pour le justiciable et prévoyant que le cumul soit proportionné à la gravité de l'infraction<sup>224</sup>. En France, le Conseil constitutionnel a validé la possibilité

---

<sup>222</sup> CEDH, gr. ch., 4 mars 2014, n° 18640/10, n° 18647/10, n° 18663/10, n° 18668/10 et n° 18698/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie : Dr. sociétés 2014*, comm. 87, note S. Torck ; *RJEP 2014*, comm. 48, note G. Eckert ; *RJF 7/2014*, n° 750 ; *RSC 2014*, p. 110, obs. F. Stasiak, et p. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; *Rev. sociétés 2014*, p. 675, obs. H. Matsopoulou.

<sup>223</sup> CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, *A et B c/ Norvège : Dr. fisc. 2016*, n° 47, comm. 603, note M. Pelletier ; *JCPG 2017*, doct. 32, obs. F. Sudre. – V. L. Milano, *Cumul de sanctions et principe non bis in idem : RDP 2016*, p. 1037.

<sup>224</sup> CJUE, gr. ch., 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci, C-537/16, Garlsson Real Estate et a., C-596/16 et C-597/16, Di Puma et Zecca : Dr. fisc. 2018*, n° 21, comm. 285, note N. Guillard ; *Europe 2018*, n° 5, comm. 169, note D. Simon. M. Pelletier, *La CJUE et le principe non bis in idem : un pas en arrière, deux pas en avant : Dr. fisc. 2018*, n° 14, act. 139.

d'un cumul des sanctions fiscales et pénales en posant toutefois trois réserves d'interprétation dans les célèbres affaires *Wildenstein* et *Cahuzac*<sup>225</sup> : 1/ Le cumul n'est plus possible en cas de décision définitive de décharge de l'impôt pour un motif de fond ; 2/ le cumul est réservé aux cas les plus graves de fraude ; 3/ le cumul des sanctions ne peut dans tous les cas excéder la plus sévère des deux.

C'est dans ce contexte que la chambre criminelle de la Cour de cassation, par les arrêts commentés du 11 septembre 2019, vient expliciter le rôle du juge pénal en matière de fraude fiscale. Ces arrêts éclairent la lecture par la Cour de cassation du principe *ne bis in idem* au regard, tant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (1), que de la position du juge constitutionnel français (2).

1. Lors de la ratification du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la France a émis une réserve rédigée en ces termes : « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». Sur ce fondement, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'oppose de façon constante à l'application du principe *ne bis in idem* en matière de sanctions fiscales et pénales dès lors que la CEDH n'a, à ce jour, pas remis en cause la validité de la réserve française<sup>226</sup>. La chambre criminelle répète ainsi dans ses arrêts du 11 septembre 2019 que « *la Cour de Strasbourg [...] ne s'est pas prononcée sur la validité de la*

---

<sup>225</sup> Cons. Const. 24 juin 2016, n° 2016-545, QPC *M. Alec W. et a.* et n° 2016-546 QPC *M. Jérôme C. : Dr. fisc.* 2016, n° 27, comm. 405, note S. Destraz ; N. Jacquot et P. Mispelon, *QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité ? : Dr. fisc.* 2016, n° 26, act. 409 ; M. Pelletier, *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W et Jérôme C. : Dr. fisc.* 2016, n° 30-35, act. 466 ; R. Salomon, *Droit pénal fiscal : Dr. fisc.* 2016, n° 30-35, étude 439. M. Collet et P. Collin, *Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes. À propos de Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC et n° 2016-545 QPC : JCPG 2016, 847 ; RJF ???*

Dans une décision postérieure, le Conseil constitutionnel a élargi le champ des réserves au cas d'omissions de déclarations : Cons. Const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, Thomas T.

<sup>226</sup> Cass. crim. 20 juin 1996, n° 94-85.796 : *Dr. fisc.* 1997, n° 15-16, comm. 427, note P. Schiele ; *RJF* 12/1996, n° 1503. Cass. crim. 22 févr. 2017, n° 14-82.526 : *Bull. crim.*, n° 49 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 18-19, étude 292, R. Salomon. Cass. crim. 19 mai 2016, n° 16-81.857 : *Dr. fisc.* 2016, n° 23, comm. 369, note R. Salomon ; *Dr. fisc.* 2016, n° 30-35, étude 439, chron. R. Salomon.

*réserve française* »<sup>227</sup>. La chambre criminelle semble ainsi considérer que l'appréciation de la validité de la réserve n'entre pas dans le champ de son contrôle de conventionnalité, et qu'elle ne peut ainsi écarter la réserve dès lors que la CEDH ne l'a pas elle-même censurée<sup>228</sup>.

2. Les arrêts du 11 septembre 2019 éclairent opportunément l'application par juge pénal des trois réserves apportées par le Conseil constitutionnel au cumul des sanctions pénales et fiscales.

- Sur l'autorité de la chose jugée au fiscal :

Le Conseil constitutionnel a validé l'application concomitante des articles 1729 et 1741 du CGI sous la réserve suivante : « *les dispositions contestées de l' article 1741 du Code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale* »<sup>229</sup>. Compte tenu de cette réserve d'interprétation, le juge pénal ne peut plus sanctionner pénalement un contribuable pour des faits de manquements à l'impôt alors que ces manquements n'ont pas été reconnus par le juge fiscal. Il faut toutefois souligner que le Conseil constitutionnel a limité l'application de cette réserve aux seules décisions de décharge de l'impôt définitives et pour un motif de fond.

Face au risque de contrariété entre la décision du juge pénal et celle du juge fiscal, deux voies semblent offertes au juge pénal : le sursis à statuer ou le recours en révision, lorsque la décision de décharge de l'impôt assortie de l'autorité de la chose jugée intervient après la fin de la procédure pénale. Concernant le sursis à statuer, la chambre criminelle a rappelé dans ses arrêts du 11 septembre 2019 sa position traditionnelle<sup>230</sup> : « *le juge pénal n'a pas à surseoir à statuer jusqu'à la décision définitive du juge de l'impôt.* » Elle ajoute même dans les arrêts du 11 septembre 2019 que le juge pénal peut surseoir à statuer en cas de « *risque sérieux de contrariété de décisions, notamment en présence d'une décision non*

---

<sup>227</sup> Cass. crim. 11 sept. 2019 n° 18-81.067 , préc., pt 18.

<sup>228</sup> N. Jacquot et N. Guillard, *Vers une balkanisation du contentieux fiscal ? Réflexions sur les nouveaux contours de l'office du juge pénal en matière de fraude fiscale* À propos de Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81.980, n° 18-82.430, n° 18-81.067, n° 18-81.040 et n° 18-84.144 et note explicative, Droit fiscal 2019, n° 43, Etude n° 412.

<sup>229</sup> Cons. Const. 24 juin 2016, n° 2016-545, QPC *M. Alec W. et a. et n° 2016-546 QPC M. Jérôme C.*, *op. cit.* Cons. Const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, *Thomas T.*, *op. cit.*

<sup>230</sup> Crim., 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.674, Bull. crim., 2006, n° 16.

*définitive déchargeant le prévenu de l'impôt pour un motif de fond »<sup>231</sup>. Il reviendra donc au juge pénal d'apprécier le caractère sérieux du risque de contrariété de décisions, mais en fonction de quels éléments ? On peut envisager que la complexité du dossier du contribuable ou encore l'imminence de la décision du juge fiscal pourront amener le juge pénal à une certaine prudence. En tout état de cause, il faut approuver à cet égard les décisions commentées qui contribuent à apporter une certaine cohérence dans l'appréciation et le traitement juridique du comportement du contribuable.*

- Sur la gravité de la fraude :

Le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à un cumul de procédures fiscale et pénale, à condition que les poursuites pénales ne s'appliquent qu'aux cas « *les plus graves* » de dissimulation ou d'omission frauduleuse de sommes soumises à l'impôt. Le Conseil constitutionnel limite donc la possibilité du cumul d'une sanction fiscale et pénale aux seuls cas « *les plus graves* », mais on voit alors toute la difficulté de l'exercice : comment qualifier la gravité des faits frauduleux pouvant permettre les poursuites pénales ? Les arrêts commentés sont donc précieux puisqu'ils fournissent les premiers exemples d'appréciation de la gravité des faits ouvrant la voie des poursuites pénales. La Chambre criminelle élabore les principes suivants : « *Lorsque le prévenu de fraude fiscale justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale pour les mêmes faits, il appartient au juge pénal, après avoir caractérisé les éléments constitutifs de cette infraction au regard de l'article 1741 du code général des impôts, et préalablement au prononcé de sanctions pénales, de vérifier que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. Le juge est tenu de motiver sa décision, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggravantes. A défaut d'une telle gravité, le juge ne peut entrer en voie de condamnation* »<sup>232</sup>.

Ainsi, le juge pénal doit effectuer un contrôle en trois étapes. Il doit d'abord s'assurer que le contribuable a fait l'objet d'une sanction fiscale

---

<sup>231</sup> Point 9

<sup>232</sup> Cass. crim. 11 sept. 2019, n° 18-81.040 préc., point 17 ; Cass. crim. 11 sept. 2019 n° 18-81.067 , préc., pt 36. Cass. crim. 11 sept. 2019 n° 18-81.890 , préc., pt 17. Cass. crim. 11 sept. 2019, n° 18-84.144 préc., point 24.

pour les faits en cause ; il doit ensuite caractériser les éléments constitutifs de l'infraction pénale ; il doit enfin apprécier la gravité des faits retenus. Pour évaluer la gravité des faits, les arrêts apportent des critères utiles comme le montant des droits fraudés ou encore la nature et les circonstances des agissements frauduleux.

L'exigence de motivation posée par la chambre criminelle est bienvenue : elle permettra dans l'avenir de dessiner progressivement un tableau précis des éléments susceptibles de caractériser la gravité des agissements permettant l'application d'une sanction pénale.

- Sur la nature des sanctions :

La troisième réserve apportée par le Conseil constitutionnel au cumul des sanctions pénales et fiscales est formulée en ces termes : « *le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »<sup>233</sup>.

On peut donc s'interroger sur l'application de cette réserve dans l'hypothèse de sanctions de nature différente, par exemple une sanction pécuniaire et une peine de prison. La chambre criminelle répond à cette question de la manière suivante : « *Cette réserve ne peut concerner que des sanctions de même nature dès lors que sa mise en œuvre suppose, pour le juge qui se prononce en dernier, de pouvoir procéder à la comparaison des maximums des sanctions pénales et fiscales encourues afin de déterminer le montant le plus élevé qui constitue le plafond* »<sup>234</sup>. Il faut donc comprendre que pour la Cour de cassation, le juge pénal ne doit prendre en compte la sanction fiscale, nécessairement pécuniaire, que lorsqu'il envisage une amende pénale. En revanche, la prise en compte de la sanction fiscale n'est pas nécessaire pour prononcer une autre sanction comme une peine d'emprisonnement ou d'inéligibilité.

Il faut à cet égard indiquer que le législateur français vient de réformer les conditions de mise en œuvre d'une procédure pénale pour fraude fiscale<sup>235</sup>. Désormais le montant maximal de l'amende pénale pour fraude fiscale

---

<sup>233</sup> Cons. Const. 24 juin 2016, n° 2016-545, QPC *M. Alec W. et a.* et n° 2016-546 QPC *M. Jérôme C.*, *op. cit.* Cons. Const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, *Thomas T.*, *op. cit.*

<sup>234</sup> Cass. crim. 11 sept. 2019 n° 18-81.067, préc., point 45.

<sup>235</sup> Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude. S. Detraz, *Armement et réarmement du droit pénal et du droit fiscal à l'encontre de la soustraction à l'impôt* : JCPE 2018, doctr. 1393. G. Pellegrin et Y. Rutschmann, *Poursuite et sanction de la fraude fiscale : l'évolution du risque pénal à l'aune de la loi de lutte contre la fraude du 23 octobre 2018* : Dr. fisc. 2019, n° 11, étude 197.

n'est plus fixé forfaitairement, mais peut être porté au double du produit de l'infraction<sup>236</sup>.

En conclusion, les arrêts du 11 septembre 2019 viennent utilement éclairer l'application du principe *ne bis in idem* en matière de fraude fiscale en offrant une « recette » au juge fiscal. On ne peut désormais qu'espérer que ces décisions contribuent à uniformiser l'appréciation juridique des mêmes faits par nos juridictions.

**L. Chatain**

## **F. Contentieux social**

**29. Guerre contre le coronavirus : Amazon fait de la résistance (Versailles 24 avr. 2020, TJ Nanterre 14 avr. 2020).** La crise sanitaire liée au Covid-19 et le confinement forcé de la population auquel elle a conduit ont opéré un changement radical des modes de vie. Commerces physiques fermés, ventes en ligne boostées et travail à distance font partie des nombreux effets qui ont pu être constatés et qui ont nécessité de réadapter la législation en vigueur afin de concilier (sur)vie des entreprises et lutte contre la pandémie.

A cet effet, la loi d'urgence du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>237</sup> a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures provisoires par exemple en matière sociale. L'enjeu est majeur : permettre aux entreprises de continuer de fonctionner le plus normalement possible dans un contexte extraordinaire au sens premier du terme.

La réaction d'une entreprise a été particulièrement médiatisée : Amazon. A l'heure où de nombreux commerces étaient à l'arrêt et où certains, déjà fragilisés par la crise des gilets jaunes, se préparaient à mettre la clé sous la porte, Amazon a vu la vente de ses produits et services augmenter à travers le monde. Néanmoins, l'entreprise ne faisant pas exception, elle aussi a dû se soumettre au respect des règles sanitaires. Là où les entrepôts d'Amazon auraient dû ressembler à une fourmilière fonctionnant à plein régime pour répondre à la demande, sécurité des salariés est devenu synonyme de respect de règles sanitaires strictes. Sont alors apparus règles de distanciation, gestes barrières et opérations de nettoyage renforcé, provoquant nécessairement ralentissement de l'activité et frais

---

<sup>236</sup> Article 1741 du CGI tel que modifié par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018.

<sup>237</sup> Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

supplémentaires, ce qui n'était pas forcément du goût de la multinationale, etc.

Face aux défaillances d'Amazon, dès le 18 mars, certains salariés ont commencé à exercer leur droit de retrait, encouragés par les syndicats, notamment *Solidaires*, afin d'appeler la direction à mettre en place davantage de mesures de protection pour éviter la propagation du virus dans les entrepôts. Les premiers jours, près de la moitié des salariés en CDI de certains sites avaient exercé leur droit de retrait. La réponse d'Amazon ne s'est pas fait attendre : la direction a déclaré que la santé et la sécurité de ses salariés étaient assurées dans ses entrepôts et que les salariés ayant exercé leur droit de retrait ne seraient pas sanctionnés ni renvoyés mais qu'ils ne seraient pas payés car considérés en absence non justifiée. Finalement, le 21 mars 2020, Amazon a annoncé la restriction de l'activité sur les sites français et italiens aux produits les plus demandés.

Cependant, l'absence de protections suffisantes pour les salariés a conduit l'union syndicale *Solidaires* à saisir le tribunal judiciaire de Nanterre le 8 avril 2020, demandant à titre principal la mise à l'arrêt des entrepôts rassemblant simultanément plus de 100 salariés et à titre subsidiaire l'arrêt de la vente et de la livraison des produits non essentiels (ni alimentaires, ni médicaux, ni d'hygiène) et la réduction des effectifs à un maximum de 100 salariés par entrepôt. En tout état de cause, l'union syndicale demandait une évaluation des risques professionnels liés au Covid-19 au sein d'Amazon France. Statuant en référé le 14 avril 2020<sup>238</sup>, le tribunal judiciaire de Nanterre a ordonné à la société de procéder à l'évaluation des risques sur l'ensemble de ses entrepôts avec les représentants du personnel ainsi qu'à la mise en œuvre des mesures prévues par l'article L.4121-1 du Code du travail<sup>239</sup> en découlant. Dans l'attente de cette mise en œuvre, le tribunal a ordonné à la société de restreindre l'activité de ses entrepôts à la distribution des produits alimentaires, d'hygiène et médicaux sous astreinte de 1.000.000 € par jour de retard et par infraction constatée. Enfin, il a rejeté les autres demandes des parties, notamment celles formées par l'union syndicale au titre de

---

<sup>238</sup> TJ Nanterre, ord., 14 avril 2020, n°20/601

<sup>239</sup> Article L. 4121 du Code du travail : « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. »

l'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes, le décret du 27 mars 2020 ne restreignant pas en ce sens la liberté d'entreprendre<sup>240</sup>.

La société Amazon France a immédiatement interjeté appel de cette décision, le 15 avril 2020. La CGT, Force Ouvrière, la CFDT, le CSE de l'établissement de Montélimar et le CSE central de la société Amazon France Logistique sont intervenus volontairement à l'instance. La cour d'appel de Versailles, statuant en référé, s'est prononcée le 24 avril 2020<sup>241</sup>. D'une part, elle confirme la décision du tribunal judiciaire de Nanterre en ce qu'il ordonne l'analyse des risques avec les représentants du personnel. D'autre part, elle ordonne à la société Amazon France de restreindre son activité dans les 48 heures à certains domaines limitativement énumérés, avec une astreinte de 100 000 euros pour chaque réception, préparation et/ou expédition de produits non autorisés et ce pendant un mois.

Cependant, la saga ne s'arrête pas là. Entre les deux ordonnances, Amazon a suspendu l'activité de ses six entrepôts français, prétendant ne pas pouvoir faire le tri entre les produits autorisés ou non. Dès le 16 avril, l'activité était arrêtée dans ces entrepôts. La solution semblait être donnée par la cour d'appel de Versailles lorsqu'elle énumérait, en suivant les catégories d'Amazon, les produits qui pouvaient être préparés et expédiés par l'entreprise (« High-Tech, Informatique, Bureau », « Tout pour les animaux » dans la rubrique Maison, Bricolage, Animalerie, « Santé et soins du corps, Homme, Nutrition, Parapharmacie » dans la rubrique Beauté, Santé et Bien-Être, et « Epicerie, Boissons et Entretien »). Cela n'a pas suffit au géant américain, qui a considéré que les infractions, même accidentelles, seraient trop nombreuses, et donc coûteuses, et a maintenu la fermeture de ses entrepôts jusqu'au 5 mai 2020.

Le 30 avril, Amazon effectuait une demande de chômage partiel auprès du gouvernement, refusée par le ministère du travail au motif qu'elle ne rentrait pas dans les conditions imposées par la loi, la cessation d'activité étant due à un choix de l'entreprise provoquée par une décision de justice. La seule issue pour Amazon était de procéder à l'évaluation des risques qui

---

<sup>240</sup> Cette demande de l'union syndicale Solidaires était fondée sur l'article 7 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, selon lequel « Tout rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert, est interdit sur le territoire de la République jusqu'au 15 avril 2020. ».

<sup>241</sup> Versailles, ord. 24 avr. 2020, n°20/01993

lui était demandée avec les représentants du personnel et de trouver un accord sur les mesures à mettre en place dès la réouverture des entrepôts. Finalement, avec le déconfinement, la restriction de la distribution aux produits de première nécessité a été levée. Les organisations syndicales CFDT, CGT, FO, SUD et la direction d'Amazon se sont accordées sur un certain nombre de mesures permettant la réouverture progressive des entrepôts français d'Amazon à partir du 19 mai, notamment le respect de la distanciation sociale.

Rappelons que l'employeur a une obligation générale de sécurité de moyens renforcée<sup>242</sup> envers ses salariés. A cet égard, il doit prendre des mesures prévues aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail. En application de ces articles, il a l'obligation de mettre à jour dans un document unique visé aux articles R. 4121-1 et suivants du même code les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs. L'analyse des risques professionnels qui lui est demandée par le tribunal judiciaire de Nanterre puis par la cour d'appel de Versailles n'est en fin de compte qu'une mise à jour du document unique liée à la crise sanitaire actuelle. La seule différence est qu'en temps normal l'employeur peut l'effectuer seul tandis que dans la situation d'Amazon l'entreprise a eu l'obligation de consulter les représentants du personnel.

En définitive, cet épisode « Amazon » aura duré toute la période du confinement et même au-delà. La multinationale a cru pouvoir adapter facilement son activité aux nouvelles règles sanitaires, mais c'était sans compter sur l'importance de la crise sanitaire actuelle et son incidence sur le commerce en ligne. Même en se concentrant sur les produits essentiels, il était impossible que l'activité soit suffisamment réduite pour permettre une protection optimale des salariés dans les entrepôts. Effectivement, la demande en produits considérés de première nécessité a par essence augmenté, face à la peur des citoyens – et parfois l'impossibilité – de se rendre dans les commerces physiques. De plus, même si la société affirme avoir pris certaines dispositions pour protéger ses salariés, certaines ne sont pas démontrées. C'est ce qui lui a été reproché par le tribunal judiciaire de Nanterre notamment concernant les 350 salariés nommés « ambassadeurs hygiène et sécurité » chargés d'une mission de contrôle du

---

<sup>242</sup> L'obligation générale de sécurité de l'employeur envers ses salariés n'est plus de résultat mais de moyens renforcée depuis un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 novembre 2015 (Cass. soc., 25 novembre 2015, « Air France », n°14-24444).

respect par les autres salariés des mesures barrières et des consignes de sécurité.

Cette période donnera sans aucun doute lieu à un contentieux social très fourni dans les prochaines années. Conseil est donné aux entreprises de penser à se constituer des preuves de toutes les mesures qui ont été prises dans le but de protéger leurs salariés. Cela vaut en temps normal et encore plus en temps de crise, où la moindre action ou inaction peut avoir des conséquences considérables. Le législateur devra en tirer les leçons et prévoir ces situations par essence imprévisibles mais pas irrésistibles, au-delà des ordonnances éphémères prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

## O. Magne

**30 Uber and co. (Cass. soc. 4 mars 2020, n°19-13.316).** Voilà un arrêt qui, sans doute, fera date : « *Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour qualifier de contrat de travail la relation entre un chauffeur VTC et la société utilisant une plate-forme numérique et une application afin de mettre en relation des clients et des chauffeurs exerçant sous le statut de travailleur indépendant, retient : 1°) que ce chauffeur a intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par cette société, service qui n'existe que grâce à cette plate-forme, à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, 2°) que le chauffeur se voit imposer un itinéraire particulier dont il n'a pas le libre choix et pour lequel des corrections tarifaires sont appliquées si le chauffeur ne suit pas cet itinéraire, 3°) que la destination finale de la course n'est parfois pas connue du chauffeur, lequel ne peut réellement choisir librement, comme le ferait un chauffeur indépendant, la course qui lui convient ou non, 4°) que la société a la faculté de déconnecter temporairement le chauffeur de son application à partir de trois refus de courses et que le chauffeur peut perdre l'accès à son compte en cas de dépassement d'un taux d'annulation de commandes ou de signalements de "comportements problématiques", et déduit de l'ensemble de ces éléments l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements et que, dès lors, le statut de travailleur indépendant du chauffeur était*

*fictif* ». Largement commentée<sup>243</sup>, cette décision crée un effet uasi-systémique sur le secteur des « travailleurs des plateformes »<sup>244</sup>. C'est en effet tout un pan de l'économie, située contractuellement à mi-chemin du droit du travail et du droit commun, quasi-salariés ou quasi-indépendants selon les cas, qui tremble. A telle enseigne d'ailleurs que le législateur s'en est mêlé (signe que les choses sont sujettes à une interprétation judiciaire qui pourrait ne pas correspondre à ses choix politiques), en 2016 pour imposer un statut d'indépendant avec des droits supplémentaires et, dans la loi d'orientation du 24 décembre 2019, renvoyant à une autorégulation des plateformes, via une présomption de non salariat, finalement invalidée par la Conseil constitutionnel<sup>245</sup>. Les enjeux reposent sur plusieurs options, identifier et défendre un statut particulier de ce type de « travailleurs », ou bien laisser aux parties et, donc aux juges, le soin de déterminer ce qui relève du travail indépendant et du travail salarié, ou bien encore de légiférer sur le critère principal du contrôle judiciaire, la définition du lien de subordination.

Au-delà cependant, de cette question, le pas franchi en faveur du salariat emporte tout une série de conséquences possibles dont la principale est, rétrospectivement et pour l'avenir, la question de savoir si, volontairement ou non, Uber, ou d'autres plateforme ont, ce faisant, sous estimé les charges liées à l'organisation de leur activité (en termes de charges sociales, d'organisation sociale de l'activité, etc.) et donc bénéficié d'un surprofit ou créé un préjudice à leurs concurrents de fait de cette activité de concurrence déloyale. L'avenir de la question pourrait donc varier de manière considérable en fonction des choix à réaliser et dans des conditions qui, si les leçons de l'arrêt de la Chambre commerciale du 12 février 2020 (Cf. supra, n°14 et 15) étaient suivies, pourraient coûter très cher aux plateformes.

**M. Depincé, D. Mainguy et B. Siau**

---

<sup>243</sup> JCP E, 2020, à paraître, note M. Depincé, D. Mainguy et B. Siau, JCP S. 2020, 2014, *JCP S 2020, 1080*, note G. Loiseau, JCP S 2020, 2014, note R. Salomon.

<sup>244</sup> Comp. E. Pujol, « Le travailleur de plateforme, un indépendant à part ? », JCP S 2020, 2043, F. Favenne-Héry, « Quel régime pour les travailleurs des plateformes ? », JCP S 220, 2044, G. Loiseau, « Situation des travailleurs des plateformes : la confrontation des options, la réalisation des choix », JCP S 2020, 2045.

<sup>245</sup> Cons. constit. 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC.

## PARTIE 2 ARTICLES ET VARIETES

### LA FABRIQUE DU CONSENTEMENT

J.- C. Teissedre, avocat au barreau de Montpellier

En apparence, le consentement a toutes les qualités. Il permet de s'engager durablement et efficacement avec un partenaire contractuel et nous protège contre les excès du pouvoir. Que chaque citoyen ait la possibilité de faire en son âme et conscience de libres choix n'est-il pas un signe de vitalité pour une démocratie ? Qu'il s'agisse d'Etats ou de GAFA, les détenteurs du pouvoir ont depuis longtemps identifié que le consentement constitue un pivot central de l'édifice juridique des démocraties libérales. Ils ont aussi appris à l'obtenir. Car tout dispositif fondé sur le consentement invite à la propagande comme deux intellectuels américains, Noam Chosmski et Edward S. Herman, ont entrepris de le démontrer dans un livre paru en 1988 à propos de l'industrie médiatique aux États-Unis. Il est frappant pour le juriste de constater que le consentement est constamment invoqué et convoqué pour justifier les processus à l'œuvre qui tendent en réalité à la réification de l'être humain. Ces entreprises de réification trouvent en temps de crise ou de guerre une occasion soudaine de réaliser de vieux rêves : soumettre l'individu à un pouvoir absolu. Dans une époque où l'Homme, au travers de discours franchement décomplexés, est directement réduit à une machine, où tout ce qui existe n'existe qu'en raison de son caractère mesurable et quantifiable, où le cerveau humain est comparé à une intelligence artificielle défaillante, où le corps est perçu comme un obstacle à l'immortalité, où l'être humain n'est plus appréhendé par le droit que sous forme de données personnelles ; essayer de saisir les mécanismes qui font qu'un Etat bascule, le temps d'une crise, dans « l'état d'urgence sanitaire » et sa cohorte de « mesures exceptionnelles » demeure un exercice nécessaire. Un exercice nécessaire autant que fascinant tant il est vrai que les régressions savent se parer des atours de la modernité et du progrès. Les débats actuels sur les essais cliniques portant sur des médicaments ainsi que les tentatives gouvernementales pour tracer une large partie de sa population avec l'application StopCovid ont donc ceci en commun : le consentement des personnes. Qu'il s'agisse de faire de

l'Homme un objet de recherche (I) ou un objet de surveillance (II), le consentement est au cœur d'une actualité très préoccupante.

## I – L'HOMME OBJET DE RECHERCHE

« De l'expérimentation sur la personne humaine ». C'est sous cet intitulé que l'article 223-8 du code pénal<sup>246</sup> incrimine le moindre défaut dans le recueil et l'expression du consentement de ceux qui acceptent de se livrer à des tests sur leur propre personne dans le but souvent désespéré de trouver un médicament et de faire avancer la science. Cette disposition est également reproduite à l'identique par l'article L.1126-1 du code de la santé publique sous le titre II intitulé « Recherches impliquant la personne humaine » (RIPH). Les études observationnelles rétrospectives fondées sur une expérimentation préalable suffisante consistent à soigner tous les malades avec un principe plus ou moins actif, de collecter un maximum de données et de les comparer avec d'autres. La méthode observationnelle n'est pas soumises aux autorisations prévues par les articles L1121-3 et 4 du code de la santé publique relatives aux recherches dites interventionnelles prévues à l'article 1121-1 du même code. Elle est donc beaucoup plus adaptée aux situations d'urgence dans lesquelles le pragmatisme est la première des vertus. Surtout, valider scientifiquement la méthode observationnelle permettrait de préserver l'impératif de soin que l'article L1121-2 du code de la santé publique rappelle en ces termes : « *L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche impliquant la personne humaine prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société* ». Ce qui n'est rien d'autre que l'application d'un autre grand

---

<sup>246</sup> L'article 223-8 du code pénal dispose que : « *Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup> de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n<sup>o</sup> 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que le consentement a été retiré. Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherche scientifique*

principe qui sert de guide à la médecine : *primum non nocere* (en premier ne pas nuire). Le paradoxe de l'histoire qui ne se répète jamais deux fois de la même manière est qu'une application trop rigoureuse de la réglementation sur les RIPH, bien que puisant sa source dans des principes aussi inaltérables que ceux du code de Nuremberg établi en 1947, n'est pas adaptée aux impératifs d'une crise sanitaire. Les essais cliniques randomisés et contrôlés en double aveugle ne sont pas imposés par la loi. Il ne s'agit que d'un impératif méthodologique relatif à la preuve scientifique qui n'a rien d'immuable et qui doit pouvoir être remis en cause. Déjà en 1984, dans son avis n°2, le Comité National Consultatif d'Ethique relevait : « *Il est essentiel en particulier, dans un essai comparatif, de voir s'il se présente en "situation d'équivalence" entre les deux traitements ; et, si ce n'est pas le cas, de voir si des conditions exceptionnelles permettent quand même de l'entreprendre. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus, de l'évaluation d'efficacité d'une nouvelle molécule par comparaison avec un groupe non traité, ou traité par placebo, la situation d'équivalence n'est pas vérifiée s'il existe pour la maladie concernée un traitement reconnu actif. L'essai est donc, en règle générale, contraire à l'éthique* ». La pandémie que nous vivons est l'occasion de poser de nombreuses questions sur le plan éthique mais aussi juridique. Ainsi, comment une personne hospitalisée atteinte du Covid-19, craignant la mort, pourrait-elle donner un consentement libre et éclairé à des expérimentations dont la méthodologie est contestable ? Pourquoi les malades appartenant à un groupe placebo ne seraient-ils pas soignés avec ce que permettent les données acquises et actuelles de la science alors que d'autres vont bénéficier de traitements adaptés ? Peut-on valablement soumettre au consentement des malades des tests portant sur des molécules sur lesquelles la médecine n'a aucun recul, molécules qui sont par ailleurs l'objet d'enjeux financiers colossaux qui polluent par là même les considérations purement médicales et scientifiques ? Ces questions sont d'autant plus légitimes que l'attente de solutions qui se voudraient innovantes paralyse l'accès à des médicaments connus, disponibles et peu onéreux. En effet, le temps de la recherche et l'immixtion excessive des autorités de santé dans ce qui relève de la pratique de la médecine peut dissuader les médecins de ville de faire preuve d'intuition et d'empirisme dans l'exercice de leur art pour sauver des vies. Pourtant, les résultats des essais cliniques interviendront vraisemblablement après la pandémie, quand il sera trop tard, avec de surcroît le risque que ceux-ci ne soient pas exploitables car différents selon les pays voire même selon les CHU.

Autrement dit, ne faut-il pas en période de crise sanitaire aiguë se contenter d'études observationnelles rétrospectives en privilégiant des médicaments existants et manufacturés plutôt que d'offrir le spectacle désolant d'une médecine technocratique impuissante et inadaptée aux réalités, exposant au surplus les promoteurs et investigateurs (au sens du code de la santé publique) des essais cliniques à un sérieux risque pénal en raison notamment de l'absence de contrôle effectif de la qualité des consentements recueillis ? Non seulement, dans un tel contexte, le consentement, même écrit, ne va pas de soi, mais il pourrait bien ne jamais être véritablement libre ni éclairé au sens de la loi pénale. Il y a donc un temps pour le soin et un temps pour la recherche sachant qu'à hauteur d'homme, c'est le soin qui doit primer sur la recherche et non l'inverse.

## II – L'HOMME OBJET DE SURVEILLANCE

Notre époque à ceci de troublant : elle voit survenir ce que la science-fiction prenait encore au XXe siècle pour de mauvais rêves. Nos sociétés voient en effet advenir le monde que les auteurs de fameuses dystopies ont pu imaginer il y a plus de 50 ans. En effet, la société de surveillance n'est plus un objet de science-fiction ou de dystopie. Le niveau de technologie actuel permet désormais très facilement, d'une part, à l'Etat d'exercer un contrôle total sur la population d'un pays et, d'autre part, aux entreprises du capitalisme de surveillance de se nourrir des données que génère chaque individu en utilisant les outils technologiques mis à sa disposition. Dans ce monde, ce sont bien évidemment les données les plus sensibles qui sont le plus convoitées, le meilleur exemple étant sans doute – à ce jour – les technologies de reconnaissance faciale qui utilisent les données biométriques des personnes. Un autre exemple est l'application StopCovid que cherche actuellement à développer le gouvernement. L'idée est ici non pas d'identifier un individu où qu'il se trouve même noyé dans une foule mais de localiser et d'informer tous les détenteurs de smartphones sur la présence, dans une zone déterminée, d'un individu indésirable car contaminé par le COVID-19. Et la réalité dépasse la fiction car, urgence oblige, aucune solution ne doit être écartée, pas même le traçage des personnes au moyen d'un bracelet électronique ce dont le cabinet de Cédric O, secrétaire d'Etat au numérique ne se cache même plus<sup>247</sup>. Que les grincheux se rassurent, le dispositif COVID-19, s'il devient opérationnel, sera mis en place sur la base du volontariat, ce que ne manque d'ailleurs

---

<sup>247</sup> Article paru sur le site internet RTL le 23 avril 2020

pas de relever la CNIL, saisie par le gouvernement, avant de donner son feu vert dans un avis publié le 26 avril 2020. Elle rappelle dans sa délibération n°2020-046 que le gouvernement l'a interrogé notamment sur la possibilité de fonder l'application StopCovid sur la base légale du *consentement* [en italique dans le texte] des utilisateurs comme le prévoient le RGPD et la loi « Informatique et Libertés ». Le consentement fut également l'argument mis en avant par le maire de Nice lors du carnaval organisé chaque année dans sa ville. Après l'attentat terroriste qui a ensanglanté Nice, Monsieur Estrosi décida en effet d'expérimenter en 2019, sur la voie publique, un système de vidéosurveillance couplé à un dispositif de reconnaissance faciale, sans avoir reçu l'aval de la CNIL qui expliquera ne pas avoir eu le temps de répondre à la demande du maire. Selon Christian ESTROSI, l'expérience fut un véritable succès. La mairie annonça en effet fièrement que le logiciel était à ce point fiable qu'il fut prétendument capable de distinguer dans la foule deux jumeaux monozygotes et plus particulièrement celui des deux jumeaux qui avait été préalablement ciblé pour l'expérimentation<sup>248</sup>. Le consentement dans le meilleur des mondes permettrait donc de tenter toutes les expériences, y compris donc sur des jumeaux... Ces exemples conduisent à penser que l'impensable fait partie du champ des possibles pourvu que le consentement de cobayes humains soit préalablement recueilli. La place centrale donnée au consentement est d'autant plus surprenante qu'en droit pénal, le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif de la commission d'une infraction : je ne suis pas irresponsable pénalement d'un meurtre parce que j'ai tué une personne qui m'a demandé de la tuer, quels que soient les mobiles de l'auteur et de la victime. Surtout, le consentement est le plus souvent vicié soit en raison de la propagande mise en œuvre pour l'obtenir soit parce que des intérêts légitimes ou une mission de service public au sens de l'article 6 du RGPD seront invoqués pour passer outre. Il est vrai que ce genre de pratique est rarement présenté comme la volonté d'instituer une société hygiéniste, eugéniste ou un Etat policier. Il s'agit toujours au contraire de défendre une noble cause comme l'explique encore le cabinet du secrétaire d'Etat au numérique : « l'objectif du Gouvernement est que tout citoyen qui souhaite contribuer à casser les chaînes de transmission et de propagation du virus puisse le faire, librement, en toute sécurité et dans un cadre respectant sa vie privée ». Vous ne voulez pas casser la chaîne de transmission de la maladie en toute sécurité ? Vous ne voulez pas participer à la lutte contre

---

<sup>248</sup> Le Monde, article du 28 août 2019

le terrorisme et vous ne voulez pas d'une société plus sûre pour vous et vos enfants ? C'est votre droit, mais quel genre de citoyen êtes-vous ? On voit déjà fleurir dans les contrats d'assurance auto des clauses permettant à ceux qui consentent à l'utilisation des données relatives à la conduite de leur véhicule de bénéficier de conditions avantageuses comme une baisse de la prime à verser. En réalité, le caractère vicié ou conditionné du consentement n'empêchera jamais le pire d'advenir pour la bonne est simple raison que la technologie ignore le droit (comme le scandale Cambridge Analytica le prouve) et se sert de lui pour exister. La technologie aura toujours un temps d'avance sur le droit. Elle est même le droit en ce qu'elle crée des normes qui se substituent à lui. C'est ce que disait le juriste américain Lawrence Lessig en 2000 dans un célèbre article en employant une expression devenue célèbre : « code is law ». Finalement, la seule manière de résister au tsunami technologique est d'apprendre à interdire car le consentement ne fait pas une politique. Le maire de San Francisco, en interdisant en 2019 la reconnaissance faciale, lui, ne s'y est pas trompé.

## PROCÉDURES BAILLONS ET ABUS DE DROIT

S. Brunner, doctorant

Au XVIIème siècle déjà, Spinoza affirmait que « *La justice est une disposition constante de l'âme à attribuer à chacun ce qui d'après le droit civil lui revient* »<sup>249</sup>. Ester en justice est un droit à caractère fondamental reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, tous à priori, simple citoyen ou influent homme d'affaire, veuf, orphelin ou bourgeois de bonne famille, disposons de cette prérogative d'introduire une requête aux fins de voir ses intérêts prétendument lésés, reconnus devant le juge.

Il est à noter que l'existence du droit n'est d'ailleurs pas une condition de recevabilité des requêtes, l'office du juge étant de caractériser son existence, quoi qu'il en soit il sera tenu, placé sous le joug du déni de justice, d'analyser ces intérêts contradictoires et d'y répondre.

Ainsi, et à l'instar de la traditionnelle métaphore associant la justice à une balance, le procès se résumerait en une confrontation d'intérêts<sup>250</sup> parmi lesquels le plus légitime fera pencher cette dernière en sa faveur.

En réalité, cette approche s'avère idéaliste pour ne pas dire utopiste et les limites de la justice au sens institutionnel apparaissent nettement face au phénomène des « poursuites-baillons », de l'acronyme anglo-saxon « SLAPP » - *Strategic Lawsuit Against Public Participation*- cette notion désigne un recours intenté contre quelqu'un dans le but de le faire taire<sup>251</sup>. Plus précisément, il s'agit de procédures d'intimidation<sup>252</sup>, exercées le plus souvent par des grands groupes et dont le but est d'empêcher des auteurs de propos (universitaires, militants écologistes, lanceurs d'alertes<sup>253</sup> ou

---

<sup>249</sup> Spinoza, *Traité Théologico-politique*, chap. XVI, XX

<sup>250</sup> Article 31 du Code de Procédure civile : L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élire ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

<sup>251</sup> D. Guillemard, « *Les poursuites-baillons et la quérulence : deux phénomènes encadrés par le Code de procédure civile du Québec* », D. 2015, p. 2389

<sup>252</sup> D. Mazeaud, « *Pour qu'ils ne se taisent pas* », JCP G, 2018, 168

<sup>253</sup> Phénomène ancien, le statut du lanceur d'alerte ne fait son apparition en droit français que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II »

encore journalistes) de divulgues des pratiques portant atteinte à l'intérêt général<sup>254</sup>.

Ces procédures prennent la forme d'action en diffamation<sup>255</sup>, en dénonciations calomnieuses ou encore de dénigrements. Et si d'un point de vue purement processuel le droit français permet de les accueillir<sup>256</sup> très favorablement, car après tout et comme le suggérait Montesquieu « *la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent*<sup>257</sup> » ces dernières ne sont en réalité que d'ultimes méthodes visant à jeter le discrédit sur ces auteurs et à les pousser dans les méandres des procédures avec leurs coûts et leur lenteur.

En somme, les poursuites-bâillons constituent de véritables manœuvres dilatoires et ce notamment à l'heure du numérique car bien que les informations puissent circuler facilement, la multiplication des « fake-news » et le risque de discrédit invite à la prudence, divulgues une information sujette à polémique implique une réflexion, la rendre légitime nécessite dans ces cas là l'approbation juridictionnel souvent très longue à obtenir.

L'efficacité des procédures-bâillons est donc redoutable. Leurs auteurs n'ont rien à y perdre si ce n'est une augmentation des postes de provisions pour risques dans leur bilan, à l'inverse de leurs cibles, étouffées par la menace juridictionnelle et ses coûts disproportionnés.

La procédure bâillon constituerait donc un véritable abus de droit d'agir en justice, peu important la conception retenue, qu'il s'agisse de l'exercice d'un droit avec l'intention de nuire à autrui ou son exercice non conforme à sa finalité sociale selon les traditionnelles thèses de Ripert et

---

<sup>254</sup> V. en ce sens CA Paris, 28 Sept 2017, n°17/00854 sur l'action en diffamation exercée contre un universitaire, v. également

<sup>255</sup> Au sens de l'article 29 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 29 Juillet 1981 relative à la liberté de la presse, soit : « *"Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.* »

*La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés."*

<sup>256</sup> V en ce sens Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 Février 2011 ; TGI Paris, 6 Février 2015

<sup>257</sup> Montesquieu, « *De l'esprit des lois* », 1748,; V. également Planiol, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. 2, 5<sup>ème</sup> éd., 1909

Josserand<sup>258</sup>. Les procédures-bâillons pourraient-être saisie par la théorie de l'abus de droit en matière processuelle à l'article 32-1 du Code de Procédure Civile<sup>259</sup> mais la multiplication du phénomène<sup>260</sup> démontre bien de l'ineffectivité du texte. Une véritable consécration de la notion en matière processuelle semble opportune comme moyen de lutte contre ces poursuites-bâillons.

En somme et parmi les remèdes envisagés, l'on retrouve des propositions allant dans le sens d'un renforcement du pouvoir des juges d'instruction dans leur capacité à prononcer des non lieux. Cette dernière semble tout à fait opportune dans le cadre d'une limitation des actions abusives en matière pénale bien que les investigations préalables, bien souvent exercées par le biais de commissions rogatoires restent éprouvantes et injustifiées pour la victime de la poursuite-bâillon.

De nombreuses propositions dans des domaines très spécifiques<sup>261</sup> ont donc d'ores et déjà été faites mais les méfaits des poursuites-bâillons sont l'affaire de tous et devraient relever d'une codification plus générale car intéressant l'intérêt général. En outre, cette codification devrait intégrer une définition de la notion permettant de cibler le phénomène. Une restriction du droit à introduire l'action semble inopportun mais aussi et surtout inconstitutionnelle, en revanche qualifier juridiquement la procédure-bâillon par des conditions et accroître les pouvoirs du juge en amont permettrait de limiter ces recours abusifs.

NOMBREUSES SONT LES ÉTUDES<sup>262</sup> À METTRE EN EXERGUE DES CRITÈRES COMMUNS DE QUALIFICATION DE CES RECOURS, IL S'AGIRAIT : DE POURSUITES, AYANT POUR OBJET DE LIMITER LA PORTÉE DE LA RÉVÉLATION D'UNE PRATIQUE (ÉCONOMIQUE LE PLUS SOUVENT), PAR CE QU'ON POURRAIT APPELER UN LANCEUR D'ALERTE<sup>263</sup>, COMPRENANT UNE DISPROPORTION MANIFESTE DES MONTANTS RÉCLAMÉS PAR LE POURSUITANT. ENCORE QUE CE DERNIER CRITÈRE SEMBLE INSATISFAISANT EU ÉGARD AU CARACTÈRE SOUVENT DILATOIRE SEULEMENT DE CE TYPE DE RECOURS, À QUOI BON POUVOIR LÉGITIMENT RÉVÉLER UNE PRATIQUE (POLLUTION, UTILISATION FRAUDULEUSE DE

---

<sup>258</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2006

<sup>259</sup> Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

<sup>260</sup> Cf supra.

<sup>261</sup> V. EN CE QUI CONCERNE LES POURSUITES-BÂILLONS ENGAGÉES CONTRE DES UNIVERSITAIRES, D. Mazeaud, (dir.) « *Rapport sur les Procédures Bâillons* », 20 Avril 2017.

<sup>262</sup> Cf supra.

<sup>263</sup> Cf supra.

données, etc.) des années après ? La société se saisit et se dessaisit sans cesse de nouveaux dossiers.

L'idée ne serait donc pas d'en faire une cause d'irrecevabilité de la demande, ni même de rendre nulle l'action, mais d'opérer un contrôle préalable voir même d'inverser la charge de la preuve comme cela est suggéré dans le code de procédure civile québécois<sup>264</sup>. La personne visée par la procédure bâillon n'aurait qu'à démontrer que ses révélations sont d'intérêt général afin de faire sanctionner le demandeur illégitime.

Le phénomène est donc complexe mais toujours d'actualité, heurtant des droits fondamentaux, le droit d'agir d'une part et même s'il apparaît dénaturé face à la liberté d'expression le plus souvent et il conviendrait d'y apporter une réponse légale.

---

<sup>264</sup> Cf supra

## HISTOIRE DES GUERRES ECONOMIQUES ET COMMERCIALES : CARTHAGE ET LA GUERRE DE L'OPIUM

M. Gautier, Etudiant M2 Droit privé économique, Univ. Montpellier  
(CDCM)

Si Montesquieu, dans *L'Esprit des Lois*, affirmait naïvement que le commerce permettait d'adoucir les moeurs<sup>265</sup>, force est de constater que les guerres économiques et commerciales n'attendent pas la mondialisation et le néolibéralisme moderne. Des blocus sur l'étain et le cuivre imposés par les Pharaons de la Haute Egypte afin d'empêcher l'armement des puissances rivales d'Asie mineure<sup>266</sup>, deux-mil ans avant notre ère aux taxes imposées sur les importations chinoises d'acier et d'aluminium par Washington<sup>267</sup>, les guerres économiques jalonnent l'histoire. Dans le cadre de cette chronique, sera étudié deux événements précis, la lutte à mort entre Rome et Carthage pour l'hégémonie commerciale en Méditerranée et l'épisode plus récent des guerres dites de « *l'Opium* » ayant opposé la Chine de la dynastie Qing à plusieurs puissances occidentales dont la France et la Grande Bretagne.

### **Les guerres puniques: D'une rivalité commerciale à la destruction d'une civilisation.**

« *Scipion voyait une ville qui avait possédé autant de navires, de comptoirs, d'éléphants et d'argent que les plus grands empires et dont la destinée s'achevait par un désastre. Alors il fondit en larmes laissant voir qu'il pleurait sur son ennemi* » - Appien.

**La troisième guerre punique (de 149 à 146 avant notre ère).** Au mois d'avril 146 avant notre ère, sur les cendres de Carthage qu'il avait assiégié pendant 3 ans, *l'Imperator* Scipion Emilien méditant sur la fragilité des empires pleura de crainte que pareil sort ne s'abatte un jour

---

<sup>265</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, livre XX, Chapitre I : « *Le commerce guérit des préjugés destructeurs : c'est presque une règle générale, que par-tout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce ; que par-tout où il y a du commerce, il y a des mœurs douces* ».

<sup>266</sup> A. Laïdi, *Aux sources de la guerre économique. Fondements historiques et philosophiques*, Paris, Armand Colin, 2012.

<sup>267</sup> Les échos, « Guerre des taxes : la Chine réplique aux Etats-Unis », 2 avril 2018.

sur sa patrie<sup>268</sup>. La richesse de la capitale phénicienne, sa proximité avec les territoires italiens, sa localisation stratégique au cœur du bassin Méditerranée entre Sardaigne et Sicile représentait autant de craintes que de lucratives promesses d'enrichissement. Par ce massacre, Rome assura pour près de 700 ans son hégémonie commerciale et maritime sur la Méditerranée. Lors du pillage de la capitale phénicienne, les légions de Rome se montrèrent implacables, les bâtiments furent incendiés, le sol de la ville et de ses champs salés, les bibliothèques détruites et les habitants, réduits en esclavage.

### **Espionnage commercial et *diktat* économique dans l'antiquité.**

Carthage a toujours montré une grande défiance vis à vis de Rome et de ses marchands, suspectés d'être de possibles espions à la solde de la cité du *Latium*. Une grande opacité caractérisait le commerce phénicien, les marchands appartenaient à des « *confréries* » placées sous la protection d'un dieu tutélaire. Cette organisation corporatiste assurerait la très faible diffusion du savoir faire et des techniques de fabrication, ce par crainte de représailles divines. Au seuil de la première guerre punique, les *negociatores* romains ne pouvaient librement circuler dans l'Empire Phénicien; « *En Sardaigne ou en Libye, aucun Romain ne pourra ni trafiquer ni fonder de cité : il n'y abordera que pour prendre des vivres ou réparer son navire si tempête l'y pousse, il en repartira dans les cinq jours. À Carthage et dans la partie de la Sicile où s'exerce la domination des Carthaginois, il aura le droit de faire et de vendre tout ce qui est permis à un citoyen. Et le Carthaginois pourra faire de même également à Rome* »<sup>269</sup>.

Après la seconde guerre punique, selon le traité de paix conclu en 202 avant notre ère, Carthage ne pu reconstituer sa flotte de guerre. De même la taille de sa flotte commerciale fut restreinte. Le but du traité de paix était limpide: retirer (ou largement atténuer) ce qui constituait la puissance de Carthage: sa force navale et le commerce maritime, condamnant ainsi la cité au pastoralisme, activité qu'elle avait toujours négligé. En outre Carthage du s'acquitter pour des décennies (55 ans) d'un

---

<sup>268</sup> Polybe, *Histoires XXXVIII*, 21 « *la crainte que j'éprouve, je ne sais pourquoi, me fait voir le moment futur ou un autre donnera pareil ordre pour notre patrie* ».

<sup>269</sup> R.-M. Sheldon, *Renseignement et espionnage dans la Rome antique*, Les Belles Lettres, 2009, p. 124, Extrait tiré de l'oeuvre de Polybe. Voir aussi A. Laïdi Guerre économique; une très vielle histoire, IRIS.

important tribut de guerre en numéraire et en nature (blé). Ces sanctions échouèrent à affaiblir Carthage.

**L'indestructible économie carthaginoise.** Appien met en exergue les progrès majeurs de la civilisation carthaginoise en matière d'économie et d'Agriculture, au IIe siècle avant notre ère, peu après la fin de la seconde guerre punique. Les plaines fertiles du nord de l'Afrique, notamment celles de la *Medjerda* et de la région du *Sous* permirent à Carthage le développement d'une agriculture rationnelle assurant la subsistance des phéniciens et l'export en grande quantité de blé, d'huile et de vin vers la Gaule, l'Italie, la Grèce, le royaume d'Arménien et, plus largement, l'ensemble de la partie Est et Asiatique du monde connu. Tite-Live qui nous rapporte les anecdotes suivantes; en l'an 200 avant notre ère Carthage livra 200 000 boisseaux<sup>270</sup> de blé à Rome. De même en 191 une quantité encore plus grande fut demandée par Rome, les phéniciens en offrirent le double. Cela fut refusé par le sénat romain. Toujours selon l'historien Romain, en 187 Carthage offrit le paiement intégral et anticipé (de 37 années) des dommages de guerre conclus après la seconde guerre punique et dont l'échelonnement devait s'étaler sur 55 ans<sup>271</sup> ! Rome refusa de nouveau et la peur née de l'opulence commerciale phénicienne se raviva. Tite-Live affirma alors « *qu'il était impossible de ruiner Carthage* ». Cette peur était fondée; la richesse de la cité Africaine lui permettait de lever et d'entretenir ses armées, cette dernière ayant exclusivement recours à des mercenaires. Carthage économiquement prospère redevenait une puissance militaire.

***Carthago delenda est.*** Puisque les sanctions économique ne portaient pas les fruits escomptés, il ne fallut à Marcus Porcius Cato, dit Caton l'ancien, qu'une figue pour déclencher la troisième et dernière guerre punique. Au retour d'une ambassade dans la capitale Phénicienne où il « *trouva une ville non point peinte comme les romains se l'imaginaient; ruinée et humiliée. Mais plutôt peuplée d'une nombreuse jeunesse, remplie d'immenses richesses, pleine d'armes de toute espèce et très fier de sa prospérité* »<sup>272</sup>, Caton, orateur redoutable, amena une figue à la Curie et tint ses propos; « *pères conscrits*, dit-il, *quand pensez-vous que ce fruit a été cueilli ?* », tous convinrent qu'il était frais; « *eh bien, répliqua-t-*

<sup>270</sup> Un boisseau équivaut à 27,21 kg, soit 5 600 tonnes.

<sup>271</sup> Tite-Live XXXVI, 4,7.

<sup>272</sup> Plutarque, *Vie de Caton*, 27.1-2.

il, sachez qu'il a été cueilli à Carthage, il y a trois jours! Voyez comme l'ennemi est près de nos murs! »<sup>273</sup>. La rhétorique fit ses preuves devant l'assemblée.

Cette même année de l'an 146 avant notre ère la Ligue Achéenne est défaite par Rome lors de la bataille de Corinth. Cette ville, également, est rasée. Cette série de victoires remportées dans le bassin méditerranéen va entraîner une profonde modification des institutions et du droit romain, lequel va se perfectionner par l'élaboration du *jus gentium* permettant le commerce entre citoyens et pérégrins. La petite cité Romaine, circonscrite au Latium, au V et IVe siècle avant notre ère devint en l'espèce d'une centaine d'année la maîtresse de la Méditerranée.

Près de 2200 ans plus tard, Colin Powell, secrétaire d'Etat du gouvernement américain au siège des nations-unis ne brandit pas une figue pour convaincre son auditoire « *de détruire Bagdad* » mais plutôt une fiole. Cette fiole étant alors la preuve du danger que l'impérialisme américain se devait d'abattre. « *O Tempora, O Mores* » dirait Cicéron.

### **Les guerres commerciales de l'Opium.**

Durant le XIX siècle, la France et l'Angleterre, eurent à intervenir militairement à deux reprises en Chine afin de contraindre cette dernière d'ouvrir son économie au libéralisme et d'accepter d'être noyée d'opium, seule marchandise à même de rééquilibrer à l'avantage des occidentaux la balance commerciale qui était, antérieurement, très lourdement déficitaire avec la Chine. Sur fond de droit de douane, d'avantages tarifaires et de lobby bancaires<sup>274</sup> cette politique libérale-guerrière du *free-trade* par « *la canonnier* », menée par la vieille Europe et les Etats-unis, se réalisa au mépris des ravages que causa, sur la société chinoise, l'introduction massive d'une drogue dure hautement additive.

---

<sup>273</sup> Plutarque, *ibid* note 5.

<sup>274</sup> La banque HSBC (Hong-Kong and Shanghai Banking Corporation) a été fondée dans le sillage de la victoire britannique contre la Chine dans les deux guerres de l'opium et à participé au financement de cette politique institutionnalisé de raquette et de trafic de drogue. V. en ce sens pour une vision polémique « *HSBC : une banque au lourd passé et au présent sulfureux* », Mediapart.

**Libéralisme britannique contre isolationnisme chinois.** L'épisode de la première guerre de *l'opium* opposa deux nations aux situations géopolitiques très différentes. Au sortir des guerres Napoléoniennes la Grande-Bretagne n'est plus menacée en Europe, par son immense empire colonial et l'action de la très lucrative Compagnie des Indes Orientale elle apparaît comme l'hyper puissance libérale du début du XIXe siècle, et entame sa transition économique par la révolution industrielle de l'air Victorienne. Victorieuse en Europe, la Couronne Britannique souhaite désormais propager le « *free trade* » aux quatre coins du monde. A contrario la Chine Impériale, vieille puissance agraire à l'économie cyclique, entamait une période de déclin économique, jalonnée de révoltes ayant conduit à terme à la chute de l'Empire lors de la révolution de 1911 et 1912.

**Une balance commerciale fortement déficitaire.** Les anglais recherchaient au XVIIIe et XIXe siècle des produits spécifiques comme le thé, la soie, la porcelaine. La balance commerciale avec la Chine était largement déficitaire pour les britanniques (La Grande-Bretagne achetait alors d'importantes quantités de thé: 12 700 tonnes en 1720, 360 000 tonnes en 1830). Les chinois quant à eux n'étaient pas intéressés par les marchandises européennes notamment le textile (le lainage de Manchester, les cotonnades du Lancashire, ou la quincaillerie de Birmingham). Aussi pour compenser le déficit les occidentaux fournirent durant le XVIIIe des lingots d'argent métal venant d'Amérique latine. Ce système triangulaire entre l'Europe, les Amériques et l'Asie s'avéra complexe et très couteux, aussi les anglais essayèrent d'éviter de payer les produits chinois par de l'argent. Décision fut prise de recourir à l'opium indien. En raison des possessions britanniques en Inde, la *British East Indian Compagny* détenait un véritable monopole sur les opiacées. Warren Hastings, gouverneur du Bengale, l'une des plus grandes régions productrices d'opium, au fait du danger de cette drogue, affirmait de coutume que « *l'opium est un produit de luxe destiné à la corruption qui ne devait être autorisé qu'à l'exportation hors des frontières anglaises* »<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> S. Mervin, « *Drugging a nation: the story of China and the Opium case, II The golden Opium days* »; « *Opium is a pernicious article of luxury which ought not be permitted but for the purpose of foreign commerce only* ».

**Le commerce par l'addiction.** Faisant fi des législations impériales<sup>276</sup> prohibants *expressis verbis* l'importation et la commercialisation d'opium, les Britanniques vont alimenter et recueillir indirectement les bénéfices d'un cartel de drogue que la couronne institua. *L'East Indian Compagny* représentait le pouvoir britannique à Canton, seul port chinois ouvert aux étrangers, au début de l'introduction en Chine de l'opium indien<sup>277</sup>. Astreinte à une quasi activité diplomatique, cette dernière ne pouvait se livrer à des pratiques illégales. La compagnie se chargeait de la transformation (la récolte du latex par incision des capsules du pavot, passage de ce latex sur des plateaux de séchage, pressage en boules que l'on recouvrait d'une couche de tiges et de feuilles de pavot broyées et séchées<sup>278</sup>). Pour finir, la compagnie supervisait l'emballage de la drogue, son expédition à Calcutta où elle était vendue aux enchères aux contrebandiers. Cet argent, servait ensuite à acquérir du thé pour le marché anglais. De cette ressource très prisée des anglais, le gouvernement britannique en tirait de substantielles taxes d'importation. Ces taxes finançaient la *Royal Navy*, laquelle, assurait l'hégémonie commerciale de l'Empire britannique.

**La création d'un trafic très lucratif.** L'opium s'avéra être une brillante idée. Dans un premier temps cette ressource permit le rééquilibrage des échanges commerciaux conclus avec la Chine. En effet, les bénéfices furent considérables. Une caisse d'opium indien dont le coup de revient est de 240 roupies est écoulée, par les Britanniques, 2 400 roupies aux contrebandiers indigènes et Chinois (les *Yaokou*). En outre, au gré de l'augmentation de la diffusion, de la consommation et du phénomène de dépendance, la balance commerciale se renversa totalement dès 1820 en faveur de la Grande Bretagne. En 1839, le commerce de l'opium représentait entre 31 et 36% des revenus tirés par la

---

<sup>276</sup> L'étude de la législation chinois en matière d'Opiacé démontre que bien avant le début de ce commerce institué par la Grande-Bretagne, les autorités impériales montraient une grande défiance à l'égard de ce narcotique. En 1729 l'Edit de l'Empereur Yongzheng interdit le commerce et la consommation de l'opium à des fins non médicinales dans l'Empire Chinois. Edit réaffirmé en 1780.

<sup>277</sup> L'Edit Impérial de Qianlang de 1760 ferme l'ensemble des ports chinois aux étrangers à l'exception de celui de Canton. Le même édit interdit les contacts commerciaux entre étrangers et chinois hormis la guilde de Cu-hong, autorisée, à privilège, d'être l'unique interlocutrice des marchands étrangers (principalement britanniques)

<sup>278</sup> Pour une description du processus de transformation du pavot en opium; J. Lovell, *La guerre de l'Opium 1839-1842*, p. 19

Couronne britannique aux Indes. De 1742 et 1800, ce fut un excédent net de 105 millions de dollars d'argent qui entra en Chine ; entre 1808 et 1856, 384 millions partirent de la Chine vers l'Empire colonial Britannique<sup>279</sup>. En 1729 200 caisses d'opium indien (14 tonnes) étaient écoulées en Chine. A partir de l'année 1860, dès la fin de la Seconde Guerre de l'Opium ce ne sont pas moins de 60 000 caisses soit 4200 tonnes d'opium qui furent écoulées annuellement<sup>280</sup>.

**L'impact social du trafic britannique d'opium.** Outre le déficit creusé par le commerce de l'opium, la normalisation de cette drogue dans l'Empire eut des conséquences désastreuses sur la jeunesse et l'administration impériale, toutes deux lourdement frappées par sa diffusion. En 1830, on évalua le nombre de drogués à 12,5 millions sur environ 400 millions de Chinois. Touchant d'abord les jeunes des familles riches cette consommation se propagea dans la population masculine : 10 à 20 % des officiels du gouvernement central, 20 à 30 % des membres des gouvernements locaux, pire encore; 50 à 60 % des secrétaires privés et davantage encore au sein du personnel de service<sup>281</sup>. L'opium conduisit la Chine aux portes d'une crise sanitaire<sup>282</sup>, économique, politique<sup>283</sup> et institutionnelle; l'administration centrale devint progressivement inapte physiquement et psychiquement, ce couplé à une baisse généralisée de la production en campagne. D'aucuns font même remarquer que l'opium était courante « *dans les bagages des candidats aux concours, âprement disputés, d'entrée dans la fonction publique métropolitaine de Pékin* »<sup>284</sup>. Preuve de cette décadence des élites chinoises, en 1813 un Edit Impérial interdit pour les fonctionnaires la consommation d'opium sous peine de

---

<sup>279</sup> J. Lovell, *La guerre de l'Opium*, op. cit., p 14.

<sup>280</sup> J. Spense, *The search for modern China, Essays in Chinese History and culture*, p. 7., J. Lovell, *La guerre de l'Opium*, « *En 1780, un bateau de la Compagnie britannique des Indes orientales ne parvenait pas à rentrer dans ses frais sur un unique chargement d'opium transporté jusqu'à Canton. Soixante ans plus tard, en 1839, les importations dépassaient les 40 000 caisses par an* », op. cit. p. 47.

<sup>281</sup> ibid note 15.

<sup>282</sup> J. Beeching, *The Chinese Opium War* p. 263: les fumeurs d'habitude (8 pipes par jour) mourraient dans les 5 à 6 ans, les fumeurs modestes (1 pipe par jour) après 20 ans. La plupart des opiomane succombaient avant 50 ans.

<sup>283</sup> G. Béroud dans l'ouvrage , *Les guerres de l'Opium dans la chine du XIX siècle*, insiste sur la crise d'autorité de l'empereur sur ses sujets et la corruption au plus haut niveau des administrations et juridictions impériales empêchant l'instauration d'une lutte efficace contre la propagation de l'opium.

<sup>284</sup> ibid note 17

révocation, de lourdes amendes, de condamnation à 100 coups de bambous et le port de la Kang, une chape de bois immobilisant la nuque et les mains pour une durée de 60 jours<sup>285</sup>. L'armée était également touchée par la toxicomanie grandissante des soldats, selon Lin Zexu haut commissaire de Canton; « *si nous continuons à laisser prospérer le trafic, dans quelques dizaines d'années non seulement nous nous trouverons sans soldats, mais aussi sans argent pour équiper l'armée* ».

**La réaction Chinoise et la politique de la canonnière anglaise.** En décembre 1838 l'Empereur Daoguang nomma le gouverneur du Hubai, Lin Zexu, commissaire impérial de la région de Canton avec pour mission de faire cesser le trafic d'opium. L'année suivante, en 1839, furent promulguées les « 39 règles » de Lin Zexu. Il était institué par les autorités un délai légal de 18 mois accordé aux intoxiqués pour sortir de leur dépendance. Le trafic d'opium était alors réprimé par la peine de mort, les sanctions prévues s'appliquaient également aux étrangers, faisant fi du principe d'extra-territorialité cher aux citoyens de la Couronne Britannique. Pour ces derniers, la nouvelle législation impériale imposait qu'ils prennent l'engagement écrit, sous peine de sanctions pénales, de renoncer pour l'avenir, au commerce de l'opium, drogue toujours illégale dans l'Empire du milieu. Pareil document équivalait à un aveu de culpabilité pour les marchands anglais, la reconnaissance de la loi Chinoise et surtout en un abandon de l'extra-territorialité du citoyen britannique. Il s'agissait là d'un coup porté à la souveraineté de la Couronne sur ses sujets.

Enfin le commissaire impérial prit la plume pour écrire à la Reine Victoria afin de lui demander de cesser les exportations vers la Chine d'opium indien<sup>286</sup>. Mais l'événement déclencheur des hostilités s'avéra être la

---

<sup>285</sup> G. Fabre, *Les prospérité du crime, Trafic de stupéfiants, blanchiment et crise financières*, p90 et s

<sup>286</sup> Extrait de la lettre du commissaire impérial extraordinaire Lin Zexu à la Reine Victoria; « (...) *Les constitutions de notre Empereur interdisant la consommation de l'opium sont maintenant si sévères en Chine que si vous continuez à le fabriquer, vous découvrirez que personne ne l'achètera et qu'aucune fortune ne se fera par l'opium. (...) Tout l'opium qui est découvert en Chine est jeté dans l'huile bouillante et détruit. Tout bateau étranger qui, à l'avenir, viendra avec de l'opium à son bord, sera mis à feu, et tous les autres biens qu'il transportera seront inévitablement brûlés en même temps. Alors, non seulement vous ne parviendrez pas à tirer quelque profit de nous, mais vous vous ruinerez dans l'affaire. Ayant voulu nuire à autrui, vous serez la première à en* »

destruction des caisses d'opium, pour plus d'une tonne de marchandise, qui appartenaient à des négociants anglais résidant à Canton par Lin Zexu, en juin 1839 . La Grande Bretagne souhaitant envoyer un message au monde renonça à négocier et préféra recourir à la diplomatie de la canonnière afin d'ouvrir de nouveau les marchés chinois à l'opium de sa glorieuse majesté. La guerre fut déclarée en Aout 1839. Elle tourna très rapidement à l'avantage de la Grande Bretagne, dont la flotte et l'armement était sans commune mesure avec l'équipement de l'armée impériale chinoise<sup>287</sup>. En août 1840, Lin Zexu fut exilé par l'Empereur, les Britanniques firent tomber le fort de Tinghai, fin 1841 Chenhai, puis de Ningbo en 1842 tombèrent également entre les mains des troupes victoriennes, s'en suivirent Chapu, Wusung, Shanghai, Chingkiang et enfin, Nankin où fut scellé le traité éponyme, le 29 aout 1842.

**Le droit du plus fort: le traité de Nankin.** Le traité de Nankin fut le premier des « *traités inégaux* » imposés à la Chine. Cette dernière dû s'acquitter d'une indemnité de guerre de 21 millions de dollars; cinq ports furent ouverts au commerce (Canton, Fuzhou, Amoy, Ningbo et Shanghai) et des consulats y furent établis. Les étrangers étaient alors justiciables uniquement devant les juridictions consulaires. Enfin les tarifs douaniers chinois furent plafonnées à 5%, ce qui représentait une baisse de 60% des recettes douanières de l'Empire Chinois<sup>288</sup>. En 1844 la France signa le traité de Wamphoa, équivalent dans son contenu au traité de Nankin. Le « *système des traités inégaux* » était né. En 1854 face à une balance économique tendant à redevenir lourdement déficitaire pour les occidentaux, les ministres européens et américains informèrent Pékin de la volonté de renégocier les traités, il était alors question de légaliser l'opium -toujours illégal aux yeux de la loi- et d'ouvrir sa commercialisation au Nord de l'Empire du Milieu. Cela fut refusé par la Chine.

---

*souffrir. Notre Cour Céleste n'aurait pas gagné l'allégeance d'innombrables pays si elle n'exerçait un pouvoir surhumain. Ne dites pas que vous n'avez pas été avertie à temps. À la réception de cette lettre, Votre Majesté sera assez bonne pour me faire savoir immédiatement les mesures qui auront été prises (...). »*

<sup>287</sup> En ce sens la *Revue des Deux Mondes*, 1884, tome 65 p 378 « *Lin voulut les y faire poursuivre par une flottille de 29 jonques qui stationnait dans les eaux de Canton, mais cette flottille fut détruite par les 2 frégates Her Majesty's Ship Volage et l'HMS Hyacinthe, qui étaient venues se mettre aux ordres du capitaine Elliot* ».

<sup>288</sup> A. Roux, *Les « guerres de l'opium » : les canons de la liberté*, p98.

**La Seconde Guerre de l’Opium et la prise de Pékin.** Face à cette insoumission, en 1858 décision fut prise de recourir à la guerre, 16 ans après la fin de la première Guerre de l’Opium. Les forces alliées comptabilisaient 11 000 soldats britanniques, 3 000 mercenaires cantonnés et près de 7 000 soldats français avec le soutien logistique des Etats-Unis d’Amérique<sup>289</sup>. Au mois d’octobre 1860 les troupes françaises et britanniques arrivèrent à Pékin. La coalition pila et saccagea les deux palais d’été de Pékin dont celui où l’Empereur s’était réfugié. Les trésors et objets de valeur furent partagés équitablement entre le gouvernement Français et Britannique afin d’entrer dans les collections d’État. Ces exactions déclenchèrent une vague de protestations. Victor Hugo souligna alors que; que « *devant l’histoire, l’un des deux bandits s’appellera la France, l’autre s’appellera l’Angleterre. Les crimes de ceux qui mènent ne sont pas la faute de ceux qui sont menés ; les gouvernements sont quelquefois des bandits, les peuples jamais. L’empire français a empoché la moitié de cette victoire et il étale aujourd’hui avec une sorte de naïveté de propriétaire, le splendide bric-à-brac du Palais d’été. J’espère qu’un jour viendra où la France, délivrée et nettoyée, renverra ce butin à la Chine spoliée. En attendant, il y a un vol et deux voleurs, je le constate. Telle est, monsieur, la quantité d’approbation que je donne à l’expédition de Chine.* »<sup>290</sup> Le traité de Tianjin légalisa l’importation de l’opium, la convention de Pékin de 1860, consacra la légalité du commerce de cette marchandise. Les taux de douane furent abaissés de moitié, à 2,5%.

**Conclusion.** A la fin de la Seconde Guerre de l’Opium, le commerce de cette marchandise continuait à prospérer. En 1860 les occidentaux exportaient annuellement 60 000 caisses d’opium vers la terre du milieu, ce qui représentait 4 200 tonnes. En l’espace de 20 ans, l’exportation d’opium vers la chine avait augmenté de 35% pour dépasser les 80 000 caisse en 1880<sup>291</sup>.

Humiliée, spoliée de territoires sous domination des occidentaux, privée de ses prérogatives juridiques et fiscales, forcée d’ouvrir son commerce au monde abandonnant une partie de sa souveraineté sur l’autel du libéralisme, la Chine pâtira des décennies durant du traumatisme de ces deux guerres. En dépit de la convention de La Haye de 1912 à l’efficacité

---

<sup>289</sup> ibid note 23.

<sup>290</sup> Victor Hugo *Lettre au capitaine Butler*, 25 novembre 1861.

<sup>291</sup> ibid note 14

relative<sup>292</sup>, premier traité de la communauté internationale pour définir un cadre de contrôle de l'offre de drogues, la chute de la dynastie des Qing en 1912 et l'éclatement du pouvoir central au bénéfice de gouverneurs locaux semblables à de grands seigneurs de guerres féodaux ne permirent pas l'éradication de la commercialisation et de la consommation d'opium<sup>293</sup>, par une politique globale et harmonisé de lutte contre les narcotiques. Les premières mesures significatives pour la lutte contre l'opium furent prises par le lancement du plan de Six Ans en avril 1935, avec la création du Comité général d'interdiction de l'opium (« *Jinyan weiyuanhui zonghui* ») en charge de la coordination des politiques et de la propagande anti-narcotique<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Ce traité n'était doté d'aucune force normative, et il sera enterré par la seconde guerre mondiale sur le point de se déclencher. Il faudra attendre le Traité de Versailles qui confia le soin à la nouvelle Société des Nations de contrôler l'exécution des mesures prises en 1912 à La Haye.

<sup>293</sup> En ce sens; sur les conséquences institutionnelles de la chute des Qing en 1912, X. Paulès, « La lutte contre l'opium: Panacée politique pour le Guomindang ? » Revue d'histoire n°93 p194.

<sup>294</sup> ibid note 28, p197



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE  
ECONOMIQUE  
JUIN 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](mailto: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 »).



UNIVERSITÉ  
DE MONTPELLIER

