

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Années
2002-2003
2003-2004

EDITIONS A. PEDONE
13, rue Soufflot
PARIS
2005

L'OBTENTION DES PREUVES A L'ETRANGER

Communication de Mme Nathalie MEYER-FABRE

Séance du 30 janvier 2004

Présidence de Mme Hélène GAUDEMET-TALLON

L'administration de la preuve en justice, aspect du droit de la procédure, relève sans partage de la *lex fori*. Mais cette règle de conflit, simple et incontestée, est impuissante à résoudre toutes les questions qui se posent lorsque les preuves nécessaires à l'œuvre de justice dans l'Etat du for ne sont disponibles que sur le territoire d'un autre Etat, comme cela se produit souvent dans les contentieux internationaux.

Lorsque la mise en œuvre du droit judiciaire d'un Etat suppose la réalisation d'opérations matérielles sur le territoire d'un autre, on est confronté, au moins potentiellement, à un conflit de compétences au sens du droit international public. Ce conflit de compétences est d'autant plus difficile à résoudre qu'il n'est pas perçu partout avec la même acuité. Schématiquement, pour les pays de tradition romano-germanique, dans lesquels le juge veille à l'instruction de l'affaire, un conflit de souverainetés surgit nécessairement lorsque des éléments de preuve doivent être recherchés à l'étranger, le juge d'un Etat ne pouvant librement procéder ou faire procéder à des actes d'instruction en territoire étranger. En revanche, la tradition des pays de *common law* laisse normalement la recherche des preuves à l'initiative privée des parties et de leurs avocats, de sorte que la collecte des preuves n'y est en principe pas entravée par le phénomène de la frontière.

Pour illustrer ce "conflit de doctrines"¹ ou ce *Justizkonflikt* dont parle la doctrine allemande², je commencerai par une comparaison, certes un peu paroxysmique, entre deux règles de droit positif qui concernent toutes deux l'obtention de preuves sur le territoire national pour les besoins d'un procès à l'étranger. L'une est américaine, l'autre française.

Le droit fédéral américain (28 U.S.C. §1782) prévoit qu'à la demande d'une juridiction étrangère ou de toute personne intéressée, le juge du district américain où une personne réside ou "se trouve" peut lui enjoindre de témoigner ou de produire une pièce pour les besoins d'une procédure se déroulant devant une juridiction étrangère, y compris pour les besoins d'une instruction pénale. Une mesure de *discovery* peut ainsi être diligentée aux Etats-Unis, pour y obtenir

des preuves en vue d'une procédure se déroulant dans un Etat étranger. Le texte précise – mais on s'en serait douté – que rien n'interdit à une personne se trouvant aux Etats-Unis de fournir *volontairement* son témoignage ou des pièces pour les besoins d'une procédure étrangère.

Cet accès extrêmement libéral aux preuves que permet le droit américain contraste avec le protectionnisme renforcé de la "loi de blocage" française du 16 juillet 1980³, qui interdit sous peine de sanctions pénales à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer des documents ou renseignements tendant à la constitution de preuves dans une procédure étrangère, sous la seule réserve des traités et règles internes en vigueur.

Ces politiques législatives a priori diamétralement opposées reflètent chacune une philosophie différente du procès. Et pourtant, malgré ces approches divergentes, la coopération judiciaire internationale en matière d'obtention des preuves est assez perfectionnée, comme en témoignent les principaux instruments de cette coopération : la Convention de La Haye du 18 mars 1970 et le Règlement européen du 28 mai 2001 (I). Il faut cependant revenir sur les manifestations les plus évidentes du *Justizkonflikt* qui oppose les Etats-Unis au reste du monde (II), de manière à mieux identifier les vrais points d'achoppement, pour ouvrir quelques pistes de réflexion et, peut-être, de meilleure compréhension réciproque (III).

I. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS DE LA COOPERATION INTERNATIONALE

En l'absence de traité, la pratique ne connaît que le mécanisme de la commission rogatoire transmise par les lentes voies diplomatiques et dont l'exécution dépend de la simple courtoisie internationale. De très nombreuses conventions bilatérales d'entraide, ainsi que, dans un cadre alors limité à l'Europe continentale, les premières conventions de La Haye relatives à la procédure civile, sont venues accélérer la transmission et limiter les causes de refus d'exécution des commissions rogatoires⁴. Mais c'est surtout avec la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale que la matière a évolué de manière significative. Sous l'impulsion essentiellement des Etats-Unis, l'ambition des négociateurs était de créer un "pont" entre les systèmes judiciaires des pays de *common law* et ceux des pays de droit civil.

a) La Convention de La Haye du 18 mars 1970

La Convention réserve toujours une place de choix à la commission rogatoire internationale, qui fait l'objet du chapitre I. Pour en rationaliser la transmission, on a mis à profit le système des autorités centrales, qui venait d'être inauguré avec une autre convention d'entraide judiciaire, celle de 1965 sur les notifications. Quant à l'exécution des commissions rogatoires régulièrement transmises, elle est en principe obligatoire pour l'Etat requis. Ce dernier ne peut notamment s'y refuser au motif qu'il revendique une compétence exclusive dans l'affaire en cause (art. 12). On observera qu'en France les dispositions

conventionnelles relatives à l'exécution des commissions rogatoires ont fait l'objet d'une réception quasi systématique par le nouveau Code de procédure civile (art. 733 et s.). Elles constituent donc peu ou prou le régime de droit commun applicable à l'exécution en France de toute commission rogatoire en provenance de l'étranger⁵.

Si, en principe, le juge requis exécute la commission rogatoire conformément à sa propre loi, il doit cependant observer les formes particulières demandées par la juridiction requérante (art. 9). Il s'agit là d'une occasion unique pour le juge de procéder selon une loi autre que la *lex fori*. A cet égard, le législateur français a rendu possible une adaptation aux méthodes anglo-saxonnes, en permettant au juge commis de laisser se dérouler devant lui un interrogatoire par les avocats des parties et même d'en organiser la transcription ou l'enregistrement intégral (art. 739 et 740 NCPC). Il faut reconnaître que le résultat de l'application de nos règles internes – le procès-verbal synthétique dicté par le juge, tant des questions qu'il a posées que des réponses du témoin – risquerait d'être inexploitable dans un procès anglais ou américain. D'ailleurs, même dans les procès internes, l'enquête, telle que pourtant minutieusement réglementée par notre code de procédure civile (art. 204 à 231), n'est pour ainsi dire jamais utilisée !

Mais en pratique, nos juges se prêtent-ils à des *cross-examinations* ? D'après les résultats d'une enquête réalisée par l'*American Bar Association* en vue de la dernière Commission Spéciale qui s'est réunie à la Haye en automne dernier pour examiner le fonctionnement de la Convention⁶, la manière dont les interrogatoires de témoins se déroulent sur commissions rogatoires en Europe semble dans l'ensemble donner satisfaction aux parties américaines. On rencontre même des avocats américains très favorablement surpris lorsqu'ils s'aperçoivent que, contrairement à l'usage anglo-saxon, le témoin français n'a pas été "préparé" avant son audition.

Plutôt que la participation active des avocats à l'interrogatoire, c'est l'admission dans nos prétoires des techniques modernes d'enregistrement et de communication qui soulève encore des réticences largement injustifiées. Saisi par les témoins français visés par une commission rogatoire en provenance des Etats-Unis, un juge parisien a récemment cru pouvoir refuser de faire droit à la demande d'enregistrement audiovisuel présentée par l'autorité requérante, qui précisait pourtant que le demandeur américain prendrait à sa charge la mise en œuvre et le coût de cette mesure spéciale. Dans ses motifs, l'ordonnance relève justement que "*le recours à l'enregistrement audiovisuel n'est pas interdit par la législation française*", qui en prévoit au contraire expressément la possibilité, tant à propos des commissions rogatoires (art. 739 NCPC), que dans le cadre d'actes d'instruction purement internes (art. 174 NCPC). Il n'en demeure pas moins, selon l'ordonnance, "*que les usages français actuels s'opposent à ce qu'une audience publique ou en cabinet soit filmée ; que les seules dérogations sont données par le Ministère de la Justice lorsqu'elles sont justifiées par un intérêt historique ou pédagogique*"⁷. On peut cependant espérer que les mentalités évolueront sur ce point, notamment sous l'impulsion du Règlement

communautaire, qui encourage vivement l'usage des technologies modernes de communication.

Au-delà de ces difficultés, le principal atout de la commission rogatoire par rapport aux autres modes d'obtention des preuves prévus par la Convention réside dans la possibilité du recours à la contrainte, que l'Etat requis est tenu de mettre en œuvre selon sa loi interne si la personne visée se montre récalcitrante (art. 10). Lorsqu'il reçoit une commission rogatoire, c'est donc non seulement son appareil judiciaire, mais également son pouvoir coercitif que l'Etat requis est tenu de mettre au service de la justice étrangère.

Le revers de la médaille, avec ce système de coopération *active* de l'Etat requis, qui reflète en réalité une conception stricte de la souveraineté territoriale, est une inévitable lourdeur. Avec les autres modalités d'obtention des preuves prévues par la convention, les modalités du chapitre II, l'ambition est tout autre. Il s'agit d'introduire une certaine dose de "laissez-faire" en permettant l'accomplissement direct d'actes d'instruction par les agents diplomatiques ou consulaires de l'Etat requérant ou par un commissaire, c'est-à-dire une personne spécialement désignée pour procéder à la mesure d'instruction requise⁸.

La tolérance des Etats vis-à-vis de telles interventions est à géométrie très variable, et il a fallu prévoir de multiples possibilités d'aménagement des règles conventionnelles par les Etats contractants. Il en résulte toute une palette de situations, allant d'Etats qui ont complètement exclu le chapitre II, comme l'Argentine, à ceux comme les Etats-Unis ou la Finlande, qui permettent aux consuls et commissaires étrangers d'agir librement, sans aucune autorisation préalable⁹.

La France, de même que l'Italie, permettent librement l'action des consuls et diplomates tant qu'elle vise des ressortissants de l'Etat qu'ils représentent. Tous les autres cas (action des consuls et diplomates à l'égard de non nationaux, mesures diligentées par un commissaire) sont soumis à autorisation. Mais, alors que l'Italie s'en remet à la Cour d'appel du lieu où il doit être procédé pour délivrer les autorisations nécessaires, en France, tout doit transiter par la Chancellerie, dont la permission, qui peut être assortie de conditions particulières, est subordonnée à plusieurs conditions générales applicables dans tous les cas. Ainsi les consuls et commissaires étrangers ne peuvent-ils en principe procéder que dans l'enceinte des ambassades ou consulats – de sorte qu'il n'y a officiellement aucune exception au principe de la territorialité des mesures d'instruction ! En réalité, cette exigence, doublée de celle qui veut que la mesure soit exécutée dans un local accessible au public, ne va pas sans poser d'importants problèmes pratiques lorsqu'elle est appliquée strictement par le ministère. Elle contribue peut-être à expliquer le peu d'engouement pour les mécanismes du chapitre II en France. On peut le regretter car ils présentent d'importants avantages, liés au fait qu'ils ne font pas intervenir les services judiciaires de l'Etat requis. Les choses peuvent en quelque sorte se passer "en famille", particulièrement lorsque les parties, leurs conseils et les témoins eux-

mêmes sont ressortissants de l'Etat requérant ou coutumiers de son système et de sa langue.

La principale faiblesse de ces procédures est que ni les consuls ni les commissaires ne sont autorisés à employer une quelconque contrainte dans l'exécution des actes d'instruction dont ils sont chargés. Un remède partiel à l'impossibilité de la contrainte est prévu à l'article 18 de la Convention, qui autorise les consuls ou commissaires à s'adresser aux autorités compétentes de l'Etat requis pour obtenir l'assistance nécessaire à l'accomplissement de l'acte d'instruction par voie de contrainte. Malheureusement, rares sont les Etats qui ont fait la déclaration permettant l'application de ce texte, pourtant peu contraignant¹⁰.

La Convention de La Haye, ratifiée à ce jour par quarante Etats, est restée, contre vents et marées, un pilier de la coopération judiciaire internationale. Son succès est encore attesté par le fait que trente ans plus tard, l'instrument dont s'est dotée l'Union Européenne en matière d'obtention des preuves s'inspire très largement des mécanismes adoptés à La Haye pour faire progresser l'espace de justice européen.

b) Le Règlement du Conseil de l'Union européenne du 28 mai 2001

Le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale¹¹, est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2001, mais il n'est devenu applicable, pour l'essentiel de ses dispositions, qu'à compter du 1^{er} janvier 2004. Cette curiosité – l'entrée en vigueur dissociée de l'applicabilité des dispositions substantielles – s'explique, semble-t-il, par la nécessité de préparer la mise en œuvre effective des mécanismes réglementaires. Mais on s'étonnera que la clause qui fait prévaloir le Règlement sur la Convention de La Haye figure parmi les dispositions applicables dès l'entrée en vigueur, alors que le régime réglementaire n'est devenu effectif que deux ans et demi plus tard. Heureusement, personne ne semble avoir considéré que les procédures conventionnelles avaient réellement été rendues caduques pendant la période intérimaire !

Le principal progrès du Règlement par rapport à la Convention consiste à avoir prévu la transmission directe, de juridiction à juridiction, de la commission rogatoire – rebaptisée "*demande de procéder à un acte d'instruction*". On fait donc l'économie du transit obligatoire par une autorité centrale de nature administrative. Comme l'ont souligné les commentateurs, il ne s'agit plus ici simplement de coopération inter-étatique, mais de coopération judiciaire¹². En contrepartie, le processus est étroitement canalisé, notamment par l'obligation d'utiliser des formulaires pour quasiment toutes les communications que peuvent avoir à s'adresser les juridictions concernées (pas moins de dix formulaires sont annexés au Règlement). Pour lutter contre les lenteurs et incertitudes dans lesquelles les commissions rogatoires ont tendance à se perdre, le Règlement a opportunément établi une constante obligation d'information du juge requérant sur les suites données à sa demande, sur les éventuels retards et difficultés, etc.

Les échanges par voie électronique sont encouragés. De plus, sauf circonstances particulières, le Règlement prévoit un délai maximum de trois mois pour exécuter la demande.

Le régime mis en place est donc indéniablement animé d'un souci d'efficacité. Mais au-delà de ces nouvelles modalités formelles, le Règlement s'aligne en substance sur les solutions retenues par la Convention de La Haye, concernant notamment le principe d'application par le juge requis de sa propre loi sous réserve de la demande d'application de formes spéciales par le juge requérant, l'emploi des mesures coercitives prévues par le droit local, ou encore l'application cumulative des dispenses ou interdictions de déposer prévues par les deux lois concernées.

Les parties, leurs conseils et, surtout, des représentants de la juridiction requérante sont admis, à certaines conditions, à assister et participer à l'exécution de la mesure. A cet égard, les dispositions du règlement, assez souples et plus didactiques que véritablement normatives, devraient inciter à une adaptation aussi poussée que possible de la juridiction requise aux méthodes et pratiques de la juridiction requérante. Il s'ensuivra peut-être une certaine perturbation des habitudes judiciaires, mais on peut espérer que la coopération étroite et concrète qui devra s'instaurer entre les juges européens pour l'administration des preuves contribuera au perfectionnement des différents systèmes nationaux, par emprunts réciproques.

C'est surtout la possibilité d'*exécution directe* d'un acte d'instruction par la juridiction requérante dans l'Etat où se trouvent les preuves, qui a été présentée comme la grande innovation du Règlement¹³. Aux termes de l'article 17, lorsqu'une juridiction souhaite procéder directement à un acte d'instruction dans un autre Etat membre, elle présente une demande en ce sens à l'organisme central compétent de cet Etat, au moyen du formulaire adapté. Un acte d'instruction ne peut être exécuté selon ce mécanisme que sur une base strictement volontaire. Il peut être accompli par un magistrat ou toute autre personne, par exemple un expert, désigné conformément au droit de l'Etat requérant.

En réalité, une telle exécution directe se rapproche étroitement de l'exécution d'un acte d'instruction par un commissaire, telle que prévue par la Convention de La Haye. L'avantage du Règlement est que l'exécution directe demandée ne peut être refusée par l'Etat local que si elle est contraire aux principes fondamentaux de son droit. En revanche, sous l'empire de la Convention – ou, plus exactement, en raison des déclarations tatillonnes dont certains Etats ont assorti leur ratification ou adhésion – l'intervention des commissaires est souvent subordonnée à toutes sortes de conditions, quand elle n'est pas purement et simplement interdite.

Mais finalement, compte tenu de la relative modestie des innovations du Règlement par rapport au système conventionnel, il est permis de regretter que le renforcement de l'entraide entre Etats de l'Union n'ait pas pris la forme d'une réglementation qui facilite et libéralise les procédures de la Convention, plutôt que d'une réinvention desdites procédures. Les Etats de l'Union auraient par

exemple pu s'entendre pour – au moins entre eux – largement autoriser l'exécution directe de mesures d'instruction par les commissaires. Certes, plusieurs Etats de l'Union ne sont pas parties à la Convention, mais une adhésion ne pouvait-elle être envisagée ? Incrire la coopération judiciaire européenne en matière d'obtention de preuve dans le cadre de la Convention de La Haye aurait pu favoriser une généralisation des améliorations européennes¹⁴. Cela aurait aussi pu être l'occasion de procéder à une toilette des déclarations et réserves faites par les Etats de l'Union lorsqu'ils ont ratifié la Convention, et de contribuer ainsi à réduire les obstacles qui subsistent au-delà des relations intra-européennes, particulièrement dans les rapports avec les Etats-Unis.

II. LES MALENTENDUS TRANSATLANTIQUES

Paradoxalement, alors qu'en matière pénale et administrative la coopération interétatique pour l'obtention des preuves et les transferts d'informations se développe rapidement et sans difficultés majeures avec les Etats-Unis¹⁵, les besoins sans doute moins impérieux de l'entraide en matière de preuves dans les procès civils et commerciaux laissent subsister, d'un côté, tendances hégémoniques et, de l'autre, blocages et crispations. La possibilité de réserve insérée *in extremis* à l'article 23 de la Convention, doublée de l'adoption de législations prohibant certains transferts d'informations jugés attentatoires à la souveraineté, loin de dissuader les plaideurs et les juges américains, les ont plutôt encouragés à se passer de la coopération judiciaire internationale.

a) La réserve de l'article 23

L'article 23 de la Convention de La Haye autorise chaque Etat contractant à "déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du Common Law sous le nom de 'pre-trial discovery of documents'". L'emploi d'une expression non traduite, exceptionnel dans les Conventions de La Haye, ne présage rien de bon. De fait, pour reprendre l'image utilisée par le Secrétaire Général de la Conférence¹⁶, l'histoire de cette disposition est celle d'un accident de parcours sur le pont entre les systèmes qu'ont voulu les négociateurs.

Le quiproquo est d'abord interne au monde anglo-saxon¹⁷.

Les systèmes de *common law* ont en commun que, plutôt que d'une *instruction* de l'affaire sous la houlette du juge, la recherche judiciaire de la vérité doit procéder de l'affrontement des prétentions antagonistes des plaideurs lors d'une audience (*trial*) au cours de laquelle les preuves collectées par chacune des parties sont discutées et les témoins interrogés et contre-interrogés. Pour permettre un combat loyal, il faut que pendant la phase précédente, de *pre-trial discovery*, les parties aient un large et égal accès aux informations utiles. C'est pourquoi sur chacune pèse une obligation de divulgation spontanée des éléments de fait pertinents, même s'ils lui sont défavorables. C'est aussi pourquoi la partie ou le témoin récalcitrant peut se voir enjoindre d'obtempérer, sous peine de lourdes sanctions financières ou procédurales.

Mais alors qu'en Angleterre, l'obligation de *disclosure* et le droit d'inspection des documents ne sont mis en œuvre qu'après une définition concise mais précise des allégations et des prétentions respectives des parties, aux Etats-Unis, la procédure de *pre-trial discovery* commence après un acte introductif qui peut être très vague et très général, particulièrement concernant l'allégation des faits. La portée de la *discovery* requise est donc quasi illimitée, d'autant qu'elle peut avoir pour objet l'administration de la preuve ou seulement la recherche d'éléments susceptibles d'en faciliter l'établissement (FRCP Rule 26).

Craignant de voir les juges anglais mis à contribution pour procéder sur commission rogatoire à des *discovery* à l'américaine, la délégation britannique a pris l'initiative, au stade final des négociations de la Convention, de proposer la fameuse réserve. Les votes exprimés lors de l'adoption du texte sont révélateurs d'une totale confusion : les Etats-Unis ont voté pour, alors qu'ils n'ont de cesse, depuis, de lutter contre ; la France, l'Allemagne et la Suisse ont voté contre, mais ont ensuite usé de la faculté prévue¹⁸ !

La possibilité de réserve a été massivement utilisée, avec un effet désastreux puisque la Convention ainsi restreinte perd beaucoup d'intérêt pour les Etats-Unis dès lors que la collecte des preuves pour les besoins d'une procédure américaine se fait nécessairement à l'occasion de la *pre-trial discovery*. On a parlé de torpillage de la Convention¹⁹.

Le texte de cette réserve est d'autant plus malencontreux qu'il ne reflète même pas le souhait de ses initiateurs. La réserve est évidemment trop large, parce que l'idée n'était pas d'empêcher la collecte des preuves (*taking of evidence*), mais seulement les *fishing expeditions*, ayant pour objet de partir à la découverte des documents qui pourraient être en possession d'une autre partie à la procédure ou d'un tiers, à un moment où le demandeur n'est pas encore certain de sa cause. Le Royaume-Uni a d'ailleurs immédiatement assorti sa réserve d'une déclaration censée en limiter la portée en ce sens. Mais la réserve est par ailleurs illogiquement limitée en ne visant que la *discovery of documents* tout en permettant l'usage des autres instruments d'investigation disponibles²⁰. Les sociétés allemandes, théoriquement protégées par la réserve faite par leur pays, en ont fait l'expérience. Appliquant la réserve, les tribunaux allemands ont refusé la production forcée de documents demandés à la société Siemens, dans le cadre d'une *discovery* opposant deux sociétés américaines, tout en permettant aux avocats américains d'interroger les dirigeants de Siemens comme témoins sur l'existence et le contenu desdits documents²¹ ! Quant aux mesures d'investigation ordonnées à l'encontre de la société Volkswagen, impliquant l'accès de représentants du demandeur américain pendant cinq jours ouvrables sur l'un de ses sites industriels en Allemagne, avec possibilité d'inspecter et de photographier les lieux et de questionner les employés, elles sont bien plus intrusives et perturbatrices qu'une communication, même volumineuse, de documents d'archive²².

La dernière Commission Spéciale a reconnu que l'article 23 était "*une source continue de malentendus*" et un consensus semble s'être enfin dégagé pour

considérer que devraient seules être refusées les commissions rogatoires qui ne sont pas suffisamment explicites sur l'identification et la pertinence des informations demandées²³. Il reste à convaincre les nombreux Etats qui ont fait la réserve de l'article 23 sans la nuancer (il en reste seize) de l'utilité d'une révision de leur position. La France a pour sa part limité dès 1987 la portée de sa réserve, en précisant qu'elle ne s'appliquerait pas – et donc qu'une commission rogatoire pourrait être exécutée – *"lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige"*.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 18 septembre 2003²⁴, a donné une interprétation très libérale de la réserve ainsi précisée, en jugeant *"qu'au sens de la réserve française, l'énumération des documents est limitative dès lors que ces derniers sont identifiés avec un degré raisonnable de spécificité en fonction d'un certain nombre de critères tels que leur date, leur nature ou leur auteur"*. La Cour a observé assez justement que le requérant *"n'ayant pas les documents en sa possession, une description exacte de la pièce réclamée ne peut être exigée de lui"*. Dans le cas qui lui était soumis, lié à la médiatique affaire *Executive Life*, la Cour a estimé que la commission rogatoire comportait des précisions temporelles suffisantes, alors même que certaines pièces étaient sollicitées sur une période de treize années. Cette jurisprudence, qui ne laisse sans doute plus guère de place au jeu de la réserve française, va certainement dans le sens d'une plus grande tolérance envers d'autres conceptions de l'administration de la preuve en justice²⁵. Il reste maintenant à assurer la publicité de cette décision auprès des juristes américains !

Car l'effet pervers le plus déplorable de la réserve de l'article 23 est d'avoir persuadé les juges et avocats américains de l'inefficacité des mécanismes d'obtention des preuves prévus par la Convention de La Haye et d'avoir encouragé les collectes "sauvages" de preuves, menées à l'insu des autorités locales. Ces pratiques se révèlent intolérables pour beaucoup d'Etats, surtout lorsque la compétence du juge américain repose sur un chef de compétence considéré comme exorbitant, et qu'elle s'exerce pour la mise en œuvre d'une législation substantielle elle-même perçue comme impérialiste. De nombreux partenaires économiques des Etats-Unis ont réagi en se dotant de "lois de blocage", dont l'objet est de lutter contre la recherche et la fourniture de renseignements aux autorités étrangères. La loi française du 16 juillet 1980, en est un exemple – mais certainement pas un modèle.

b) La loi de blocage française

Dès les années 1960, la France avait, comme d'autres Etats, interdit le transfert d'informations en matière de transport maritime, en réaction aux investigations antitrust menées par les autorités américaines à l'encontre des armateurs européens. Le projet de loi soumis au Parlement en 1980 avait initialement pour seul objet d'étendre cette interdiction de communiquer aux compagnies aériennes, en réplique à la politique américaine de libéralisation du transport aérien. C'est lors des débats parlementaires qu'il est apparu que tous les domaines

d'activités étaient potentiellement concernés. Suivant en cela l'exemple du Royaume-Uni, le législateur français a finalement donné une portée générale aux interdictions édictées par la loi votée le 16 juillet 1980²⁶.

Celle qui nous intéresse ici, sanctionnée de peines d'amende et de prison, vise de manière générale et absolue le transfert de documents ou de renseignements "*tendant à la constitution de preuves*" en vue ou dans le cadre de procédures étrangères, sous la seule réserve des mécanismes prévus à cet effet par les traités et la loi interne.

Prise à la lettre, la règle est d'une portée manifestement excessive quant à la définition des faits incriminés. Même si telle n'était pas l'intention du législateur, elle paraît interdire aux entreprises françaises de produire spontanément les éléments de preuve venant au soutien de leurs propres prétentions. Un commentateur autorisé²⁷ a bien affirmé que la loi n'avait pas un tel effet ; mais la loi elle-même ne distingue pas. Il a même fallu une réponse ministérielle pour confirmer aux cabinets d'avocats qu'ils pouvaient librement poursuivre leurs relations avec leurs propres clients étrangers²⁸ !

De plus, bien que prévoyant une obligation d'informer "*le ministre compétent*", sans d'ailleurs préciser lequel, la loi ne donne à celui-ci aucune marge d'appréciation sur l'opportunité de refuser la communication, ni aucun pouvoir de consentir une dérogation à la prohibition générale édictée par la loi. De ce point de vue, le *Protection of Trading Interests Act* britannique de 1980²⁹ est bien préférable. Plutôt que d'édicter une interdiction aux contours incertains en laissant aux personnes privées concernées le soin d'en apprécier la portée, cette loi confie des *blocking powers* au Secrétaire d'Etat au Commerce, qui lui permettent notamment d'interdire de donner suite à une *fishing expedition* étrangère qu'il jugerait nuisible.

L'objectif poursuivi par le législateur français était principalement de mettre les entreprises françaises en situation d'invoquer une excuse légale pour se soustraire aux demandes d'informations des autorités américaines. Mais de ce point de vue, la loi de 1980 est un échec total. Les auteurs de la loi ne pouvaient d'ailleurs pas nourrir d'illusions excessives, car la jurisprudence américaine avait dès 1958 refusé tout effet absoluire automatique aux prohibitions étrangères³⁰. C'est à l'issue d'un processus par nature aléatoire de "balance des intérêts" en cause que le juge américain décide si une prohibition étrangère peut justifier une mise entre parenthèse du sacro-saint souci de transparence qui imprègne tout son système judiciaire. Or la loi française ne peut passer ce test. Elle n'est pas crédible : celui qui l'invoque n'est en mesure de faire état d'aucun exemple de condamnation prononcée en application de la loi. Elle ne peut paraître légitime aux yeux du juge américain : il suffit de se référer aux travaux préparatoires pour comprendre qu'il s'agit d'un texte ouvertement anti-américain. Elle n'est pas raisonnable : les termes en sont excessivement larges et elle ne laisse aucune marge d'appréciation ni possibilité d'exemption. Bref, la loi française n'a quasiment aucune chance de faire le poids dans la balance des intérêts³¹.

