



**Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe  
et protéger nos entreprises  
des lois et mesures à portée extraterritoriale**

Rapport à la demande de  
**Monsieur Édouard PHILIPPE**  
Premier Ministre

Établi par

**Raphaël GAUVAIN**  
Député de Saône-et-Loire  
Parlementaire en mission (LO144)

**Claire D'URSO**  
Inspectrice de la Justice

**Alain DAMAIS**  
Inspecteur des Finances

Avec l'assistance de  
**Samira JEMAI**  
Collaboratrice au Groupe LaREM

- 26 JUIN 2019 -



## SYNTHESE

Les États-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 États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe.

Les six mois d'investigations et d'auditions réalisées par la mission ont permis de dresser un constat largement partagé par les interlocuteurs rencontrés : **les entreprises françaises ne disposent pas aujourd'hui des outils juridiques efficaces pour se défendre contre les actions judiciaires extraterritoriales engagées à leur rencontre**, que ce soit par des concurrents ou par des autorités étrangères. Elles sont dans une situation de très grande vulnérabilité, les autorités françaises donnant depuis de longues années le sentiment de la passivité et l'impression d'avoir renoncé.

Depuis la fin des années 90, on a assisté à une prolifération de lois à portée extraterritoriale, essentiellement d'origine américaine, permettant aux autorités de la 1<sup>ère</sup> puissance mondiale d'enquêter, de poursuivre et de condamner, sur des fondements divers (corruption, blanchiment d'argent, sanctions internationales, etc.), les pratiques commerciales d'entreprises ou d'individus du monde entier.

Ces lois se sont ajoutées à des procédures civiles et pénales internes très intrusives (« *discovery* ») ou exerçant une forte pression sur les personnes mises en cause (transactions pénales) qui permettaient déjà d'obtenir hors de tout mécanisme d'entraide, et donc hors de tout contrôle des autorités françaises, une quantité importante de données relatives à nos entreprises.

**Le bilan des 20 dernières années est édifiant** : plusieurs dizaines de milliards de dollars d'amendes ont été réclamées à des entreprises françaises, européennes, sud-américaines et asiatiques, au motif que leurs pratiques commerciales, leurs clients ou certains de leurs paiements ne respectaient pas le droit américain, alors même qu'aucune de ces pratiques n'avait de lien direct avec le territoire des États-Unis et/ou que ces entreprises se conformaient au droit de leur pays (s'agissant des sanctions internationales).

Les exemples sont légions et ont fait les titres de la presse internationale : BNP Paribas, HSBC, Commerzbank, Crédit Agricole, Standard Chartered, ING, Bank of Tokyo, Royal Bank of Scotland, Siemens, Alstom, Télia, BAE, Total, Crédit Suisse et demain, peut-être, Airbus, Areva, etc.

Cette longue série d'entreprises non américaines condamnées aux États-Unis pour des faits commis un peu partout dans le monde sauf aux États-Unis, pourrait prêter à sourire s'il n'y avait pas **cinq problèmes fondamentaux en jeu** :

- ◆ **Ces enquêtes, poursuites et condamnations sont contestables** eu égard aux critères de compétence des autorités américaines, qui violent la souveraineté des pays dont ces entreprises sont ressortissantes ;
- ◆ **Les sanctions prononcées sont disproportionnées et menacent la pérennité des sociétés étrangères visées**, et semblent avoir pour but premier de les fragiliser dans la compétition internationale ;

- ◆ **Les enquêtes sont conduites sous le contrôle des procureurs américains**, eux-mêmes placés sous l'autorité directe du pouvoir exécutif, alors même que la procédure transactionnelle (utilisée dans la quasi-totalité des cas) place l'entreprise étrangère mise en cause dans une position totalement asymétrique, échappant à tout contrôle du juge américain, avec une pression constante exercée afin d'obtenir le maximum d'éléments de l'entreprise et la dénonciation des personnes responsables ;
  - ◆ **Les conventions d'entraide judiciaire et les règles de la coopération administrative sont systématiquement contournées ;**
- ◆ **Surtout, les poursuites engagées semblent être motivées économiquement et les cibles choisies à dessein.** Les grandes entreprises américaines sont, pour la plupart, épargnées de toute poursuite et seules de grandes entreprises européennes et asiatiques, en concurrence directe avec des entreprises américaines, sont visées.

Les entreprises françaises sont prises en otage par ces procédures américaines, coincées entre le marteau et l'enclume dans un processus de « négociation » de façade, aggravé par un chantage à l'accès au marché américain : *in fine*, elles n'ont d'autre choix que de s'auto incriminer en payant des sommes astronomiques au Trésor américain.

Ces attaques contre des entreprises françaises sont parfois facilitées par nos propres faiblesses, particulièrement par le retard pris par la France dans la lutte contre la corruption internationale depuis le début des années 2000. À cet égard, la création du Parquet National Financier (PNF) en 2014, la loi Sapin 2 en 2016 puis la circulaire sur les procédures miroir en 2017 ont permis quelques avancées, encore insuffisantes, pour rétablir notre souveraineté judiciaire. Mais la vulnérabilité des entreprises françaises face aux actions extraterritoriales d'autorités étrangères reste intacte.

**Cette vulnérabilité est due en grande partie aux lacunes de notre droit.** La France est tout d'abord une des rares grandes puissances économiques à ne pas protéger la confidentialité des avis juridiques en entreprise : cette lacune fragilise nos entreprises et contribue à faire de la France une cible de choix et un terrain de chasse privilégié pour les autorités judiciaires étrangères, notamment les autorités américaines.

Ensuite, la loi dite « de blocage » de 1968, qui est en réalité une loi d'aiguillage et d'orientation des requêtes étrangères vers les canaux normaux de la coopération internationale, n'a jamais été sérieusement et systématiquement mise en œuvre. Elle s'avère aujourd'hui datée et insuffisante pour contraindre les autorités étrangères à respecter les traités d'entraide et les accords de coopération internationale pour obtenir des documents ou/et des informations sur nos entreprises.

En outre, une étape supplémentaire dans cet affrontement multidimensionnel vient d'être franchie récemment par l'entrée en vigueur du « *Cloud Act* » en mars 2018 : cette loi fournit la possibilité aux autorités judiciaires américaines d'obtenir des fournisseurs de stockage de données numériques (qui sont tous américains), sur la base d'un simple « *warrant* » d'un juge américain, toutes les données non personnelles des personnes morales de toute nationalité quel que soit le lieu où ces données sont hébergées. Le « *Cloud Act* » organise ainsi un accès illimité des autorités judiciaires américaines aux données des personnes morales, rendant obsolètes et inutiles les Traités d'entraide judiciaire.

**Il faut être lucide et ne pas faire preuve de naïveté.** Ce constat de vulnérabilité s'inscrit dans un contexte politique où les risques de divergences juridiques entre les États-Unis et l'Europe semblent s'accroître en matière de sanctions économiques unilatérales. Les procédures judiciaires pour violation des sanctions internationales n'ont à cet égard rien à voir avec le combat éthique qui était mis en avant s'agissant des enquêtes anticorruptions : elles ne sont que le prolongement d'une action politique du gouvernement, au seul service du pouvoir exécutif américain et, en passant, des entreprises américaines.

Avec les sanctions économiques unilatérales, aucune transaction financière ou commerciale n'est aujourd'hui à l'abri des actions de l'appareil judiciaire américain. **De fait, cela empêche nos entreprises de commercer librement.**

Jusqu'ici, l'impact des sanctions économiques américaines est resté limité compte tenu des cibles visées, relativement marginales dans l'économie mondiale (Iran, Soudan, Somalie, Venezuela, Cuba, Corée du Nord). Demain en revanche, les États-Unis risquent de prendre des sanctions économiques dures contre la Russie (ou d'autres pays), qui ne seront peut-être pas reprises par la France et l'Europe, accentuant ainsi les divergences entre les deux continents et, par voie de conséquence, les risques de contentieux pour nos entreprises.

Tout écart entre sanctions américaines et sanctions européennes crée ainsi pour les entreprises européennes un risque juridique majeur. Une grande banque française a été condamnée, il y a 5 ans, à 9 Md\$ d'amendes pour des transactions avec l'Iran, le Soudan et Cuba : on frémit à l'idée de ce que pourraient être les sanctions encourues par des sociétés européennes pour des transactions d'un volume nécessairement d'un autre ordre avec la Russie.

En dernier lieu, si les attaques dont sont victimes les entreprises françaises proviennent aujourd'hui, pour l'essentiel des États-Unis, tout indique que d'autres pays pourraient se doter à l'avenir de lois à portée extraterritoriale leur permettant d'agir de la même façon : la Chine, l'Inde, la Russie pourraient bien figurer dans cette liste.

**Cette multiplication des risques accroît l'urgence d'une action ambitieuse des pouvoirs publics.** Il est impératif que la France élabore une stratégie pour contenir les assauts de l'extraterritorialité judiciaire lui permettant de réaffirmer sa souveraineté et de protéger ses entreprises et les millions d'emplois qui en dépendent.

**À cette fin, la mission propose un ensemble cohérent de trois mesures systémiques indissociables, accompagné de six recommandations complémentaires,** afin de : doter la France des instruments juridiques qui lui manquent ; assurer le bon fonctionnement des outils existants ; promouvoir l'adoption de mesures efficaces au niveau européen.

- ◆ **En premier lieu, la protection de la confidentialité des avis juridiques en entreprise** par la création d'un statut d'avocat en entreprise doté de la déontologie de l'avocat. Cette mesure - la plus efficace d'un point de vue technique, car elle utilise le droit américain pour s'en protéger - viendra combler une des lacunes les plus criantes du droit français. Elle confèrera aux entreprises françaises le même niveau de protection que celui dont bénéficient leurs principales concurrentes.
- ◆ Deux autres recommandations viendront utilement compléter le dispositif :
  - **la modernisation de la loi de 1968**, dite « loi de blocage », qui permettra d'en augmenter l'efficacité, par une série de mesures autour du triptyque : déclaration (création d'un mécanisme obligatoire d'alerte en amont), accompagnement (mise en place d'un accompagnement des entreprises par une administration dédiée, le SISSE) et sanction (augmentation de la sanction prévue en cas de violation de la loi) ;
  - l'adoption d'une loi protégeant les entreprises françaises contre la transmission par les hébergeurs de leurs données numériques non personnelles aux autorités judiciaires étrangères : **une extension du RGPD aux données des personnes morales**, qui permettra de sanctionner les hébergeurs de données numériques qui transmettraient aux autorités étrangères des données non personnelles relatives à des personnes morales françaises en dehors des canaux de l'entraide administrative ou judiciaire.
- ◆ Cinq autres recommandations, qui permettront de combler certaines lacunes, d'améliorer l'efficacité de nos protections contre les mesures extraterritoriales et qui inciteront l'Europe à agir de concert sur ce sujet :

- l'élaboration d'une doctrine nationale partagée sur les secrets à protéger, et à destination de l'ensemble des administrations qui contribue à la coopération internationale qu'elle soit judiciaire ou administrative, afin d'éviter à l'avenir que des informations sensibles relevant des intérêts économiques essentiels puissent être transmises à des autorités étrangères et être utilisées contre nos entreprises ;
- rendre la politique pénale française plus lisible pour renforcer l'utilisation de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), afin de pouvoir poursuivre plus efficacement les infractions économiques et financières en France ;
- saisir pour avis la Cour Internationale de Justice afin de fixer l'état du droit international sur l'extraterritorialité ;
- lancer une initiative française à l'OCDE pour fixer des règles communes en matière de lois et mesures à effet extraterritorial, permettant de mieux en réguler l'usage et d'éviter le protectionnisme judiciaire ;
- élaborer une proposition française à nos partenaires de l'Union européenne pour renforcer les outils européens de protection des entreprises européennes face aux demandes des autorités administratives et judiciaires étrangères.

Enfin, la mission propose que le Parlement lance une mission visant à renforcer les outils et moyens dédiés à la lutte contre les infractions économiques et financières, notamment la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

## **1. LES ENTREPRISES FRANÇAISES SONT PARTICULIEREMENT VULNERABLES FACE A LA MONTEE EN PUISSANCE DES LOIS ET MESURES A PORTEE EXTRATERRITORIALE, NOTAMMENT D'ORIGINE AMERICAINE ..... 11**

- 1.1. En droit international public, la théorie des compétences devrait limiter les compétences extraterritoriales des États : force est de constater que ces principes sont bafoués mettant en péril les échanges internationaux..... 11
- 1.1.1. *Les lois à portée extraterritoriale auxquelles la France est confrontée violent les principes généraux du droit international public* ..... 11
- 1.1.2. *L'extraterritorialité, qui s'est développée en parallèle à la mondialisation, est devenue un danger pour les échanges mondiaux*..... 12
- 1.2. Depuis la fin des années 90, on assiste à une prolifération de lois à portée extraterritoriale, notamment d'origine américaine..... 13
- 1.2.1. *L'interprétation large de leur compétence par les autorités américaines leur confère la capacité d'interférer sur l'ensemble de la vie économique mondiale* ..... 14
- 1.2.2. *Les enquêtes en matière de corruption active d'agents publics étrangers ont longtemps constitué l'élément central de l'action extraterritoriale du DoJ*.... 16
- 1.2.3. *La logique de sanctions internationales unilatérales à l'encontre de pays ou régimes jugés indésirables s'est considérablement développée et semble être amenée à se développer plus encore*..... 20
- 1.2.4. *Raffinement ultime de l'extraterritorialité américaine, les États-Unis ont récemment adopté le « Cloud Act », qui permet aux autorités américaines de collecter les données d'entreprises cibles, où que celles-ci soient stockées dans le monde, en s'affranchissant des règles de la coopération judiciaire internationale* ..... 28
- 1.3. Le droit interne de certains États en matière d'obtention de preuves, notamment le droit américain, permet en contournant la coopération internationale, un transfert massif et incontrôlé des données des entreprises françaises ..... 33
- 1.3.1. *Une procédure judiciaire intrusive facilitant un transfert massif des données des entreprises, en dehors des mécanismes d'entraide*..... 33
- 1.3.2. *Les entreprises françaises sont particulièrement démunies en matière pénale, dans le cadre des procédures transactionnelles conduites par le DOJ*..... 36
- 1.3.3. *En matière civile, la procédure de « discovery » conduit à un transfert massif d'éléments relatifs aux entreprises*..... 37
- 1.3.4. *Ces faiblesses sont accentuées par l'absence de contrôle par les autorités françaises des éléments transmis dans le cadre de l'entraide* ..... 39
- 1.4. Cette vulnérabilité en matière civile et pénale est fortement aggravée, en France, par l'absence de protection de la confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprises ..... 45
- 1.4.1. *Les juristes d'entreprise français sont soumis au secret professionnel, mais leurs avis juridiques ne sont pas protégés*..... 45
- 1.4.2. *Au sein des grandes puissances économiques, la France est aujourd'hui un des seuls et rares pays où les avis juridiques des juristes en entreprise ne sont pas protégés*..... 46
- 1.4.3. *En outre, en France, le secret professionnel des avocats n'est plus « général et absolu », ce qui y affaiblit d'autant plus la protection des avis juridiques*..... 49

1.4.4.	<i>Au total, les entreprises françaises se retrouvent dans une situation de grande vulnérabilité à l'égard des procédures administratives et judiciaires extraterritoriales.....</i>	50
1.5.	À ce jour, la réponse de la France aux enquêtes extraterritoriales qui remettent en cause sa souveraineté n'est pas à la hauteur .....	51
1.5.1.	<i>La loi de 1968 est une loi ancienne, insuffisante, mal appliquée et souvent écartée, qui doit d'urgence être modernisée .....</i>	51
1.5.2.	<i>Ces dernières années, des progrès limités, uniquement dans les cas où les enquêtes extraterritoriales visent des faits de corruption, ont été réalisés permettant de recouvrer une partie de notre souveraineté judiciaire.....</i>	53
<b>2.</b>	<b>L'ABUS DE LOIS ET MESURES A PORTEE EXTRATERRITORIALE EST UNE MENACE POUR L'ORDRE ECONOMIQUE MONDIAL ET UN ELEMENT DE CONCURRENCE DELOYALE, DONT IL CONVIENT DE PROTEGER EFFICACEMENT LES ENTREPRISES FRANÇAISES ET EUROPEENNES .....</b>	<b>55</b>
2.1.	Proposition n°1 : protéger les avis juridiques internes des entreprises .....	56
2.1.1.	<i>Il est devenu urgent d'agir et d'installer en France l'avocat en entreprise : il en va de la compétitivité de l'économie française comme de la défense des entreprises françaises face aux mesures à portée extraterritoriale .....</i>	57
2.1.2.	<i>La mission a écarté plusieurs types de réponses qui auraient été possibles, mais peu efficaces voire contre-productives .....</i>	58
2.1.3.	<i>La mission préconise donc la solution de l'avocat salarié en entreprise, doté d'un statut et d'un secret professionnel adaptés .....</i>	59
2.1.4.	<i>Quel impact de la réforme ? .....</i>	62
2.2.	Proposition n°2 : actualiser, moderniser et renforcer certains aspects de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.....	67
2.2.1.	<i>S'assurer qu'un service de l'État est bien désigné pour traiter de l'obligation de déclaration prévue à l'article 2 (le SISSE) et introduire une sanction des manquements à l'obligation de déclaration.....</i>	68
2.2.2.	<i>Aggraver la sanction prévue à l'article 3 de la loi de 1968, sanction perçue comme trop symbolique et dont le montant dérisoire nuit à la crédibilité du dispositif .....</i>	69
2.2.3.	<i>Aménager un parcours d'accompagnement de l'entreprise déclarante par le service récipiendaire de la déclaration (le SISSE) .....</i>	69
2.2.4.	<i>Créer des règles spécifiques encadrant l'exercice en France du « monitoring » d'une entreprise française lorsqu'il est décidé par un jugement étranger .....</i>	70
2.2.5.	<i>S'assurer que la loi de 1968 ne s'oppose pas à la bonne coopération internationale des autorités françaises avec leurs homologues à l'étranger ni à la mise en œuvre des conventions signées par la France .....</i>	71
2.3.	Proposition n°3 : créer une sanction administrative destinée à sanctionner la transmission d'informations et de données numériques de personnes morales par des fournisseurs de services de communications électroniques à des autorités judiciaires ou administratives étrangères relatives à des personnes physiques ou morales françaises ou résident en France.....	72
2.3.1.	<i>Une interdiction de transmettre les données des personnes morales à des autorités étrangères sans passer par l'entraide .....</i>	73
2.3.2.	<i>Une sanction administrative dissuasive .....</i>	73
2.3.3.	<i>Une autorité administrative compétente : l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP) .....</i>	73



2.4. Proposition n°4 : élaborer une doctrine nationale relative aux « intérêts économiques essentiels de la France » (tels qu'énoncés dans l'article 1 <sup>er</sup> de la loi de 68), et préciser les modalités du contrôle de la transmission des pièces en matière d'entraide judiciaire pénale, civile et administrative.....	75
2.4.1. <i>Une doctrine claire relative aux intérêts essentiels protégés permettra aux différentes administrations concernées d'utiliser un référentiel commun d'identification des documents protégés dans la mise en œuvre de leurs prérogatives de coopération internationale</i> .....	75
2.4.2. <i>Il conviendra d'élaborer cette doctrine en associant l'ensemble des administrations concernées, y compris les autorités administratives indépendantes</i> .....	76
2.5. Proposition n°5 : assurer une meilleure lisibilité de la politique pénale du parquet en matière de mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) ....	77
2.6. Propositions n°6 et 7 : renforcer le multilatéralisme sur l'extraterritorialité par deux initiatives françaises auprès de la Cour Internationale de Justice (CIJ) et de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (OCDE) .....	78
2.6.1. <i>Proposition n°6 : saisir pour avis la Cour Internationale de Justice afin de fixer l'état du droit international sur l'extraterritorialité</i> .....	78
2.6.2. <i>Proposition n°7 : lancer une réflexion au niveau de l'OCDE sur les lois à effet extraterritorial</i> .....	79
2.7. Proposition n°8 : renforcer les outils européens de protection des entreprises européennes face aux demandes des autorités ou juridictions hors UE en élaborant une proposition française de révision du Règlement européen de blocage, afin d'en modifier le champ et d'étendre à l'échelle de l'Union européenne la protection offerte par la loi française de 1968 .....	80
2.7.1. <i>Renforcer l'effectivité et l'impact des contre-mesures aux sanctions unilatérales prévues par le texte</i> .....	81
2.7.2. <i>Étendre au niveau européen les mesures de protection des intérêts économiques essentiels, tels qu'ils figurent dans la loi française de blocage de 1968</i> .....	82
2.7.3. <i>Travailler au renforcement des mécanismes de coordination entre États membres dans la mise en œuvre des sanctions européennes et réfléchir à la création d'un bureau européen de contrôle des actifs étrangers (« OFAC européen »)</i> .....	82
2.8. Proposition n°9 : Demander un rapport parlementaire visant à renforcer les outils et moyens dédiés à la lutte contre les infractions économiques et financières, notamment la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers .....	83



## **1. Les entreprises françaises sont particulièrement vulnérables face à la montée en puissance des lois et mesures à portée extraterritoriale, notamment d'origine américaine**

### **1.1. En droit international public, la théorie des compétences devrait limiter les compétences extraterritoriales des États : force est de constater que ces principes sont bafoués mettant en péril les échanges internationaux**

#### **1.1.1. Les lois à portée extraterritoriale auxquelles la France est confrontée violent les principes généraux du droit international public**

La souveraineté caractérise l'État en droit international depuis que les Traités de Westphalie du 24 octobre 1648 en ont posé le principe. Ces Traités ont établi les principes directeurs des relations internationales que sont la reconnaissance de la souveraineté des États et de leurs frontières, formant un territoire sur lesquels les Princes exercent, en toute indépendance, leur pleine souveraineté.

L'extraterritorialité est par définition une atteinte à la souveraineté des États. La souveraineté se rattache à un territoire, et comprend deux types de compétences :

- la compétence normative, qui est le pouvoir d'édicter des normes et de les appliquer à des situations données, au travers notamment de décisions administratives ou de jugements ;
- la compétence opérationnelle, qui est le pouvoir de mettre en œuvre les normes (saisie de documents, arrestations).

Ces deux compétences ne s'exercent pas sans limites : elles sont encadrées par le droit international qui définit des critères qui permettent leur exercice. Ces critères sont de plusieurs natures :

- le rattachement territorial, qu'il s'agisse de la localisation d'une personne ou d'une activité ;
- le rattachement personnel (ou lien de nationalité), qu'il s'agisse de l'auteur d'une action (compétence personnelle active), ou de celui qui la subit (compétence personnelle passive) ;
- le rattachement matériel, prenant en considération l'objet de la norme (Intérêts fondamentaux de l'État tel que la sécurité nationale, l'organisation, le fonctionnement, la défense des services publics opérant à l'étranger, et la protection des intérêts de la communauté internationale).

La concurrence entre plusieurs compétences normatives d'une part, et opérationnelles d'autre part, soulève des difficultés de nature différente. En matière normative, elle est susceptible de susciter des comportements distincts ou d'imposer des obligations cumulatives, voire contradictoires, au sujet de droit de nature à favoriser un « *forum shopping*<sup>1</sup> ». En matière opérationnelle, elle apparaît inconcevable dans la mesure où l'exercice de cette compétence suppose que l'État en cause dispose d'une autorité et d'une puissance sur un territoire donné.

---

<sup>1</sup> Le forum shopping (ou élection de juridiction) est une pratique de droit international privé qui consiste à saisir la juridiction la plus susceptible de donner raisons à ses propres intérêts. En raison de la diversité des règles de compétences internationale, un plaignant peut saisir les tribunaux d'un pays où il sait que son litige sera jugé plus favorablement.

Aux termes du droit international public, un État est libre d'établir une compétence extraterritoriale sous réserve d'une norme de droit international l'interdisant explicitement. Dans l'affaire du Lotus, la Cour permanente de Justice a fixé le principe selon lequel « tout ce que l'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence : en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté<sup>2</sup> ».

Si en matière de compétence normative, l'extraterritorialité est possible sous réserve de respecter les critères de rattachement, en matière de compétence opérationnelle en revanche, l'extraterritorialité est impossible, car elle viole les principes d'intégrité territoriale et d'indépendance des États énoncés par le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies.

Il ressort de ces principes exposés et des problèmes identifiés à ce stade :

- ◆ qu'en matière de compétence normative la difficulté tient au caractère ténu, voire inexistant, des liens de rattachement au territoire entre les faits traités et la compétence exercée ;
- ◆ qu'en matière de compétence opérationnelle, la difficulté tient à l'atteinte grave à notre souveraineté que constitue la recherche de documents, informations et autres éléments de preuve se trouvant sur notre territoire et relevant de notre compétence, hors tout accord ou mécanisme d'entraide.

### **1.1.2. L'extraterritorialité, qui s'est développée en parallèle à la mondialisation, est devenue un danger pour les échanges mondiaux**

Les développements technologiques récents et la mondialisation de l'économie limitent la capacité des États à protéger leurs intérêts nationaux, sur la base des principes régissant la compétence, en droit international public : la figure du territoire est en partie dépassée parce que nombre d'activités déployées à l'échelle mondiale ne sont plus appréhendables en termes de territorialité<sup>3</sup>.

Dans ce contexte, rien d'étonnant à ce qu'en l'absence d'harmonisation internationale des normes, les droits et les pratiques internes à portée extraterritoriale se soient développés sous l'impulsion des principales puissances économiques, à commencer par les États-Unis, mais aussi l'Union européenne et, plus récemment, la Chine.

Les États-Unis présentent cependant des spécificités en la matière : ils « disposent du double atout de l'antériorité en matière de projection internationale de la puissance économique et d'une culture de l'application de la loi (« *Enforcement* ») servie par des moyens et une infrastructure juridique et matérielle sans équivalent<sup>4</sup> ».

Les lois américaines à portée extraterritoriale sont nombreuses et anciennes : elles sont mises en œuvre par des autorités formées à l'intelligence économique, au sein desquelles existe une grande fluidité dans la circulation de l'information et qui travaillent en partenariat, au sein de « Task forces » ad hoc, rassemblant, selon les enquêtes, les différents services intéressés : « *Securities and Exchange Commission* » (SEC), « *Office of Foreign Asset Control* » (OFAC), « *Federal Bureau of Investigation* » (FBI) et « *Internal Revenue Service* » (IRS).

Cette mise en œuvre est d'autant plus efficace qu'elle s'appuie sur une justice négociée, en matière pénale, entre les autorités de poursuite et la personne mise en cause et une recherche de la preuve très intrusive en matière civile et commerciale.

---

<sup>2</sup> Cour permanente de Justice, 7 septembre 1927, Série A, n°10, p.18.

<sup>3</sup> Droit international public, Raphaëlle Rivière, 7<sup>ème</sup> édition 2017.

<sup>4</sup> Laurent Cohen Tanugi, « L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ? » Temps réel, les cahiers, décembre 2014.

Ainsi qu'il sera plus longuement développé (*cf. infra* 1.3), cette justice négociée échappe au contrôle juridictionnel, ce qui est d'autant plus regrettable que les juridictions américaines en ont généralement une conception plus restrictive notamment en ce qui concerne les critères de compétence.

Enfin, la spécificité des lois extraterritoriales américaines tient également à la place des États-Unis dans l'économie mondiale, qui en décuple la portée et l'impact. C'est notamment le cas en matière de données numériques, les grands hébergeurs de données étant des entreprises américaines.

Les lois et mesures à portée extraterritoriale posent plusieurs difficultés :

- elles sont créées et mises en œuvre en dehors de tout cadre juridique partagé, négocié et accepté par la communauté des États ;
- elles multiplient les risques de conflit de compétence entre États ;
- elles créent un risque d'insécurité juridique élevé pour les entreprises comme pour les citoyens ;
- elles peuvent être instrumentalisées à des fins politiques et conduire à des actions arbitraires contraires aux principes de l'État de droit ;
- elles permettent le transfert de données sensibles mettant en péril les intérêts économiques essentiels des États ;
- elles tendent à instaurer, autant qu'elles en sont le reflet, un ordre mondial régi par des rapports de force.

Pour toutes ces raisons, il apparaît urgent que la communauté internationale reprenne la voie du multilatéralisme et de l'édiction de normes internationales dans un cadre négocié et partagé. Dans ce contexte, il paraît indispensable pour la France de se doter des outils juridiques lui permettant de protéger ses intérêts fondamentaux et ses entreprises.

## **1.2. Depuis la fin des années 90, on assiste à une prolifération de lois à portée extraterritoriale, notamment d'origine américaine**

Depuis la fin des années 90, les États-Unis ont initié un mouvement croissant d'édiction de normes à portée extraterritoriale, qui s'appliquent à des non-résidents et non-nationaux pour des actions n'ayant aucun lien de rattachement à leur territoire, ou un lien de rattachement extrêmement faible au regard du droit international public.

Cette activité normative nouvelle s'est ajoutée aux effets déjà extraterritoriaux de procédures judiciaires américaines existantes, notamment sur le plan civil, domaine dans lequel les tribunaux américains ont traditionnellement cherché à imposer au reste du monde la pratique de la « *discovery* ». Cette procédure permet à l'égard d'une partie étrangère de transférer des informations qui peuvent être protégées ou potentiellement confidentielles, sans passer par le mécanisme de l'entraide et par conséquent, hors de tout contrôle des autorités compétentes, ce dernier reposant exclusivement sur le juge américain.

L'édiction de normes à portée extraterritoriale a été particulièrement sensible dans trois domaines principaux :

- (i) les régimes de sanctions internationales (qui se sont multipliés depuis les lois « *Helms-Burton* » et « *d'Amato-Kennedy* » de 1996, *cf. infra*) ;
- (ii) la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales avec le « *Foreign Corrupt Practices Act* » (FCPA), promulgué en 1977, mais modifié en 1988 puis, surtout, en 1998 ; et

- (iii) l'application de la fiscalité personnelle américaine aux citoyens américains non-résidents avec le « *Foreign Account Tax Compliance Act* » (FATCA) du 18 mars 2010 (entré en vigueur en 2014<sup>5</sup>).

D'autres domaines ont également été touchés par cette orientation : la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (le « *Patriot Act* » du 26 octobre 2001), la régulation financière et comptable (Loi « *Sarbanes-Oxley* » de 2002), le contrôle des exportations/réexportations de biens d'origine américaine, etc.

Aujourd'hui, un nouvel aspect, explicitement extraterritorial, s'ajoute à ces axes historiques : la saisie de données numériques à l'étranger, via le « *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* » (« *Cloud Act* ») de 2018 (cf. *infra* 1.2.4).

Ces lois à effet extraterritorial ont contribué à élargir toujours plus avant la définition du champ de la compétence normative et opérationnelle des États-Unis, soit de manière explicite, soit, plus subtilement, en permettant aux autorités américaines, notamment au Département de la Justice (DoJ), de poursuivre aux États-Unis des personnes physiques ou morales étrangères suspectées d'avoir commis telle ou telle infraction (corruption, violation de sanctions internationales ou autres), alors même que les faits ont eu lieu en dehors du territoire des États-Unis et que le lien de rattachement entre l'infraction et le territoire américain apparaît extrêmement contestable.

Cela a entraîné une application extraterritoriale de la loi américaine dans de très nombreux domaines de la vie économique et financière, soumettant les entreprises du monde entier aux enquêtes des autorités et à leurs sanctions. Ce mouvement suscite l'indignation en France depuis de nombreuses années<sup>6</sup>, et a été dénoncé avec vigueur par un rapport de l'Assemblée nationale du 5 octobre 2016<sup>7</sup>.

### **1.2.1. L'interprétation large de leur compétence par les autorités américaines leur confère la capacité d'interférer sur l'ensemble de la vie économique mondiale**

La force des lois américaines relatives aux infractions économiques et financières réside dans l'introduction de critères de compétence aux contours flous, et dans l'interprétation extrêmement large de ces critères. L'accumulation historique d'interprétations variées en la matière a d'abord trouvé sa source dans le combat que se sont historiquement livré les autorités fédérales d'un côté et les autorités des États fédérés de l'autre, pour se partager la compétence dans la poursuite des infractions économiques et financières. De multiples lois et jurisprudences ont peu à peu accru la compétence des autorités fédérales, même si le mouvement n'a jamais été uniforme.

De manière générale, la loi fédérale américaine requière un lien de rattachement entre l'infraction et le territoire des États-Unis pour donner compétence aux juridictions américaines pour poursuivre et juger d'une infraction. Cependant le type de lien requis n'est généralement pas défini par la loi et les autorités américaines peuvent ainsi l'interpréter à loisir, sans limitation, le caractérisant de manières diverses et variées, l'adapter au gré des circonstances de l'affaire.

Même lorsque le lien de rattachement est précis dans la loi (c'est généralement le cas dans les régimes de sanctions internationales), il est interprété de manière large par les autorités américaines, qui multiplient les critères le caractérisant.

---

<sup>5</sup> Pour plus d'information : voir le Rapport d'information parlementaire relative à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, Assemblée Nationale, MM. Marc LE FUR et Laurent SAINT-MARTIN, 15 mai 2019.

<sup>6</sup> Voir par exemple : Le droit nouvelle arme de guerre économique, comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes, Ali Laïdi, Actes Sud, 2019.

<sup>7</sup> Rapport d'information de la Commission des affaires étrangères et de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale sur l'extraterritorialité de la législation américaine - Rapport « Lellouche-Berger » (2016).

À titre d'exemple, maintes fois évoqué, un critère souvent retenu par les autorités américaines pour caractériser le lien de rattachement au territoire des États-Unis est celui de l'utilisation du système financier américain, voire de l'utilisation du dollar dans la/les transaction(s) incriminée(s) : la seule utilisation du dollar peut caractériser un lien rattachement au territoire américain et par voie de conséquence donner compétence aux autorités judiciaires américaines pour poursuivre les infractions (de corruption notamment, mais pas uniquement) s'y rattachant.

De même, toute société pouvant être considérée comme un « *Issuer* » (un émetteur, *cf. infra*) d'actions, de titres, ou d'obligations, aux États-Unis, relèvera de la compétence des autorités de poursuite américaines (en l'espèce la SEC) pour ses actes ainsi que ceux de ses filiales, même en dehors des États-Unis et même s'ils sont commis par des personnes qui ne sont ni citoyennes américaines, ni résidentes aux États-Unis

C'est ainsi que le DoJ et d'autres autorités fédérales américaines interprètent la loi. Rien n'indique qu'ils l'interprètent correctement : cependant, comme on le verra plus loin, étant donné que la quasi-totalité des poursuites en matière économique et financière se termine par un accord négocié entre l'autorité de poursuite et la partie poursuivie, la question de la compétence n'est en réalité jamais tranchée par les Cours fédérales.

On peut le regretter, car les Cours fédérales ont une interprétation restrictive des critères de compétence. La Cour suprême a en effet, considéré, dans un arrêt de principe, « *Morisson v. National Australia Bank* » du 24 juin 2010<sup>8</sup>, que l'extraterritorialité ne se présuait pas et ne pouvait résulter que d'une disposition expresse de la loi.

**Au total, il apparaît que l'interprétation large et mouvante qu'elles font de leur compétence confère aux autorités fédérales américaines, notamment au DoJ ou à la SEC, une grande liberté d'action** : elles peuvent intervenir dans presque toutes les transactions commerciales ou financières internationales en vertu de critères de rattachement à leur territoire aussi contestables que l'utilisation d'emails transitant sur des serveurs américains, le stockage de données sur des serveurs américains, ou l'utilisation du dollar dans la transaction.

Les risques liés à une compétence large des autorités de poursuite américaines sont fortement aggravés par le statut du DoJ, qui n'est pas, loin s'en faut, une autorité de poursuite indépendante et qui, en outre, ne mène ses enquêtes qu'à charge, en vue de conclure un « *deal* ».

En outre, la très grande proximité qui existe traditionnellement aux États-Unis entre les milieux économiques et les autorités fédérales, est encore accentuée dans le cas du DoJ par les très nombreuses passerelles, très utilisées par les « *lawyers* », qui existent entre le monde des entreprises, les « *private practice* » (cabinets), le monde politique, les services de renseignement et l'appareil judiciaire (les procureurs sont des « *lawyers* » comme les autres, occupant un emploi temporaire, par nature, qui ont vocation à retourner soit en cabinet, soit en entreprise) : **cette collusion organique, quasi-institutionnelle, renforce les doutes voire les craintes d'une instrumentalisation des procédures judiciaires américaines à des fins économiques ou commerciales.**

Compte tenu des conditions actuelles de la vie économique internationale, on peut conclure, sans risque de se tromper, qu'aucune transaction commerciale ou financière réalisée dans le monde n'est complètement à l'abri de la compétence des autorités de poursuite américaines.

---

<sup>8</sup> *Morisson v. National Australia Bank Ltd*, 561 U.S. 247 (2010).

### **1.2.2. Les enquêtes en matière de corruption active d'agents publics étrangers ont longtemps constitué l'élément central de l'action extraterritoriale du DoJ**

Lorsque le Congrès des États-Unis a ratifié la convention de l'Organisation pour la Coopération et Développement Économique (OCDE) du 17 décembre 1997 de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, il a saisi cette opportunité pour réviser la loi « FCPA » et élargir le champ de compétence du DoJ et de la Securities and Exchange Commission (SEC) pour poursuivre les faits de corruption d'agents publics étrangers, en y incluant (i) les étrangers qui commettent des actes à l'étranger « *while in the territory of the United States* », c'est-à-dire alors qu'ils sont « présents sur le territoire américain », et (ii) d'autres « bases alternatives de définition de la compétence », qui rattachent à la compétence américaine des faits commis à l'étranger par les citoyens américains et, plus généralement par des personnes qui sont considérées comme des « *domestic concern* », c'est-à-dire des personnes « d'intérêt domestique ».

Ces deux notions sont à l'origine de l'interprétation large que les autorités américaines font de leur propre compétence, qui varie au gré des critères d'interprétation peu prévisibles utilisés par le DoJ.

#### **1.2.2.1. Une interprétation large par le DoJ de sa propre compétence**

Le « FCPA » couvre trois catégories de personnes :

- les « émetteurs » au sens du droit commercial américain, à savoir toutes les sociétés et entités juridiques de toutes sortes qui émettent ou commercialisent des actions ou obligations aux États-Unis et leurs représentants, dirigeants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-1) ;
- les personnes « d'intérêt domestique », à savoir les citoyens et résidents américains, les sociétés et toutes entités juridiques créées ou organisées selon les lois des États-Unis et de leurs États, territoires et dépendances, ainsi que leurs représentants, dirigeants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-2) ;
- les personnes physiques ou morales étrangères, qui ne sont ni des émetteurs ni des personnes d'intérêt domestique, mais qui se trouvent directement ou via un agent/représentant sur le territoire des États-Unis (15 USC § 78dd-3).

C'est principalement sur la base de cette troisième catégorie de personnes que s'opèrent les interprétations les plus extensives du lien de rattachement entre des faits de corruption active commis hors des États-Unis et le « territoire américain » au sens du « FCPA ».

En effet, les personnes utilisant des moyens relevant du commerce inter-Etats (« *interstate commerce* »), tels le téléphone ou l'e-mail, sont soumises par ce biais aux dispositions du FCPA : pour ce faire, il suffit d'avoir effectué un appel téléphonique ou envoyé un e-mail en direction ou à travers le territoire des États-Unis (par exemple, un e-mail ayant transité sur un serveur situé sur le territoire américain) pour être considéré comme étant présent sur le territoire américain. La quasi-totalité des fournisseurs de services de communication électronique étant américaine et ayant des serveurs aux États-Unis sur lesquels transitent les « e-mails » envoyés à travers le monde, la compétence des autorités américaines peut donc être déduite de la seule utilisation de ces services.

Les marges d'interprétation offertes par ce texte ont permis aux autorités américaines d'utiliser le « FCPA » pour poursuivre des entreprises non américaines pour des faits de corruption n'ayant aucun lien avec le territoire des États-Unis et commis par des personnes n'ayant pas la citoyenneté américaine, ni étant résident aux États-Unis.



Le fait que cette définition large de la compétence des autorités américaines résulte non pas d'une définition légale claire, mais d'une interprétation, au cas par cas, mouvante, instable et surtout imprévisible, de textes flous aux dispositions variables, explique le fait que la plupart des autorités américaines rencontrées par la mission réfutent le caractère extraterritorial des lois américaines en général, y compris du « FCPA ».

Sur ce point, les autorités de poursuite (DoJ notamment) semblent avoir une conception beaucoup plus large de leur compétence que celle que leur octroient les juridictions américaines, notamment les Cours fédérales. Ces dernières ont traditionnellement une interprétation beaucoup plus stricte de la compétence territoriale des autorités de poursuite<sup>9</sup>. Cependant, les arguments relatifs à la compétence des autorités américaines sont très rarement évoqués devant les Cours fédérales, car les poursuites en matière de corruption internationale suivent un parcours transactionnel (menant à un « accord »), qui permet au DoJ d'invoquer une interprétation très large et arbitraire de sa propre compétence, sans qu'il soit soumis à aucun contrôle du juge.

### **1.2.2.2. Un cadre juridique « informel » permettant au DoJ d'interpréter arbitrairement la loi américaine**

L'interprétation large de la compétence du DoJ a été favorisée par l'étendue de ses pouvoirs dans le cadre de la mise en œuvre du FCPA. En effet, le DoJ est, avec la SEC, l'organe exécutif appliquant les dispositions du FCPA. C'est lui qui mène l'enquête sur l'ensemble des affaires de corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, et qui décide ou non de poursuivre telle ou telle entreprise.

Le DoJ est une autorité administrative et non juridictionnelle, qui conduit des enquêtes dans le cadre de procédures transactionnelles. Le DoJ initie systématiquement ses procédures par une négociation « informelle » avec la partie mise en cause, négociation qui est parfois qualifiée de « discussion amicale » par les cabinets d'avocats coutumiers de ces procédures, et ce qu'il entreprend à ce titre se déroule hors de tout cadre procédural et contrôle judiciaire, sans garantie en matière de protection des droits de la défense.

Cette négociation a pour but d'aboutir à un accord, dans lequel l'entreprise va reconnaître un certain nombre de faits (« *Statement of facts* »), payer une lourde amende aux autorités de poursuites concernées en échange d'un arrêt ou d'un abandon pur et simple des poursuites. Le paiement de l'amende pourra être assorti de mesures contraignant l'entreprise pour l'avenir, notamment un processus de « *monitoring*<sup>10</sup> » (cf. *infra*).

L'un des arguments déployés par le DoJ lors de ces discussions informelles est précisément la peur du juge et d'un jugement définitif en cas de procédure judiciaire, au motif qu'elle serait plus longue et surtout plus coûteuse *in fine* pour l'entreprise : l'entreprise sera définitivement exclue du marché américain, ce qui permet de faire planer une menace létale sur les entreprises visées et les incite donc fortement à accepter la négociation sans contester la compétence du DoJ. Il exerce un chantage très direct à l'encontre de l'entreprise et de ses dirigeants, et joue une sorte de jeu de poker menteur, qui lui permet d'asseoir sa compétence même lorsqu'elle est fragile.

**La discussion informelle se déroule à la marge du cadre juridique normal : il s'agit d'un rapport de force violent et déséquilibré entre les autorités américaines et l'entreprise, souvent dépendante pour sa survie de son accès au marché américain.**

---

<sup>9</sup> Voir notamment l'arrêt du 24 août 2018 de la Cour d'appel fédérale new-yorkaise concernant M. Lawrence Hoskins, citoyen britannique, ancien salarié d'Alstom. Ce dernier a contesté avec succès devant les tribunaux américains la compétence universelle des États-Unis en matière de corruption internationale. Cf. Le Monde Idée, 24 octobre 2018 « Une brèche dans la suprématie juridique américaine », Félix de Belloy et Ralph Moughanie.

<sup>10</sup> Le monitoring est l'anglicisme du terme surveillance, et définit la mesure d'une activité (humaine, économique, etc.).

Ce cadre informel vise notamment à contraindre les entreprises à renoncer à faire valoir leurs droits et à se prévaloir éventuellement de la loi de blocage qui leur permet de ne pas communiquer à des autorités étrangères des documents stratégiques pouvant porter atteinte à la souveraineté ou aux intérêts économiques essentiels de leur pays d'origine.

La mission a auditionné à plusieurs reprises un ancien cadre dirigeant du Groupe Alstom qui nous a confirmé le caractère arbitraire du déroulé de l'enquête conduite par le DoJ :

- le champ de l'infraction n'est pas précisé ;
- la personne mise en cause n'a pas accès au dossier ;
- des conditions d'incarcération indignes ;
- une enquête conduite exclusivement à charge ; et,
- un chantage permanent à une condamnation pénale lourde.

Le fait est que ce mode opératoire produit des résultats spectaculaires : à ce jour et depuis la ratification de la convention de l'OCDE par les États-Unis en 1999, toutes les entreprises visées par des poursuites du DoJ au titre du FCPA ont accepté *in fine* un accord.

### **1.2.2.3. Des sanctions élevées pesant principalement sur des entreprises non américaines**

Les sanctions pouvant résulter de ces « négociations informelles » sont donc incluses dans un « accord », qui permet d'éviter à l'entreprise d'être poursuivie devant des tribunaux américains. Il y a plusieurs types d'accords possibles :

- le « *Non-Prosecution Agreement* » (NPA) ;
- le « *Deferred Prosecution Agreement* » (DPA) ;
- le « *Guilty Plea* ».

Le montant des sanctions décidées par le DoJ résulte des négociations avec l'entreprise mise en cause. Le DoJ ne prend pas uniquement en compte les faits de corruption allégués, mais également d'autres éléments propres à diminuer ou alourdir la peine, tels que :

- l'autodénonciation de l'entreprise : c'est ce que font la plupart des entreprises américaines pour éviter de payer des amendes trop lourdes ;
- la coopération de l'entreprise suite à sa mise en cause ;
- l'existence d'un système organisé de prévention de la corruption au sein de l'entreprise ;
- l'enrichissement résultant de cette corruption ;
- le temps passé par le DoJ sur l'affaire.

Ainsi, l'articulation de ces différents paramètres a pour conséquence qu'une entreprise qui se retrouve mise en cause par le DoJ est fortement incitée à coopérer pleinement à l'enquête puisque le montant final de sa sanction en dépend largement.

L'examen des principales sanctions prononcées par le DoJ au titre du FCPA ces dix dernières années (cf. Tableau 1 *infra*) montre que ce dernier a fait un usage extensif de sa compétence extraterritoriale au titre du FCPA. S'il ne fait aucun doute qu'il utilise ses prérogatives comme un moyen de lutte contre la corruption dans le commerce international, on peut néanmoins se poser la question de savoir s'il ne les utilise pas aussi comme arme économique, voire comme une arme de guerre commerciale.

En effet, la définition très large de la compétence des autorités américaines dans la poursuite des faits de corruption d'agents publics étrangers qui a été retenue par le DoJ (et la SEC) a ouvert la voie à de très nombreuses poursuites d'entreprises étrangères pour des faits commis en dehors du territoire américain, par des personnes qui n'étaient pas des citoyens américains. Ainsi, entre 2008 et 2017, 26 entreprises ont été condamnées au titre du FCPA à un montant total combiné d'amendes supérieur à 100M\$ par le DoJ et la SEC : sur ces 26 entreprises, 21 étaient non américaines (dont 14 Européennes).

**Tableau 1 : Liste des entreprises condamnées au titre du FCPA entre 2008 et 2018 (amendes > 100M\$, par ordre décroissant)**

N°	Entreprise	Pays	Année	Montant total (en M\$)
1	Siemens	Allemagne	2008	800
2	Alstom	France	2014	772
3	Telia	Suède	2017	691,6
4	KBR/Halliburton	États-Unis	2009	579
5	Teva Pharmaceutical	Israël	2016	519
6	OCH-ZIFF CXapital Mngt	États-Unis	2016	412
7	BAE	Royaume-Uni	2010	400
8	Total	France	2013	398,2
9	Vimpelcom	Pays-Bas	2016	397,5
10	Alcoa	États-Unis	2014	384
11	ENI/SNAMPROGETTI	Italie	2010	365
12	Technip	France	2010	338
13	Société Générale	France	2018	293
14	Panasonic	Japon	2018	280
15	JP Morgan Chase	États-Unis	2016	264
16	Odebrecht/Braskem	Brésil	2017	260
17	SBM Offshore	Pays-Bas	2017	238
18	JGC Corporation	Japon	2011	218,8
19	Embraer	Brésil	2016	205,5
20	Daimler	Allemagne	2010	185
21	Petrobras	Brésil	2018	170,6
22	Rolls-Royce	Royaume-Uni	2017	170
23	Weatherford	Suisse	2013	152,6
24	Alcatel	France	2010	138
25	Avon Products	États-Unis	2014	135
26	Keppel Offshore & Marine	Singapour	2017	105

*Source : Cabinet Ikarian, 2018*

Il est frappant de constater que ces procédures informelles conclues par des accords touchent d'abord et avant tout des entreprises non américaines : le tableau n°1 montre qu'en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, les autorités américaines utilisent leurs pouvoirs pour viser en priorité des entreprises non américaines et assez souvent européennes.

On constate ainsi que :

- les entreprises européennes sont les premières cibles des autorités judiciaires américaines, avec 14 entreprises européennes et seulement 5 entreprises américaines sur les 26 entreprises condamnées aux plus lourdes sanctions entre 2008 et 2018 ;
- les entreprises européennes portent également l'essentiel du poids des amendes prononcées par le DoJ et la SEC entre 2008 et 2018 (5,339Md\$ sur un total de 8,872Md\$, soit 60,17% du montant total des amendes prononcées).

Outre la prépondérance des entreprises européennes dans ce tableau, on note également l'absence totale, à ce jour, d'entreprises d'origine chinoise et russe, ce qui ne manque pas d'interroger sur les cibles retenues par les autorités américaines et les motivations sous-jacentes à ces choix.

Ces chiffres, et notamment la part ultra-prépondérante d'entreprises non américaines dans le total des entreprises poursuivies (77%), montrent que les entreprises non américaines semblent beaucoup plus fréquemment visées par le DoJ que les entreprises américaines.

**Ces chiffres laissent planer un doute sérieux sur l'impartialité des autorités de poursuite américaines et justifient les interprétations de cette situation tendant à y déceler les signes d'une mobilisation voire d'une instrumentalisation de l'appareil judiciaire américain aux fins de guerre économique et commerciale, en particulier contre l'Europe<sup>11</sup>.**

### **1.2.3. La logique de sanctions internationales unilatérales à l'encontre de pays ou régimes jugés indésirables s'est considérablement développée et semble être amenée à se développer plus encore**

Les lois « *Helms-Burton* » et « *d'Amato-Kennedy* » de 1996 ont ouvert une nouvelle période historique dans le développement des sanctions internationales unilatérales prises par les États-Unis à l'encontre de personnes, pays ou régimes considérés comme ennemis des États-Unis.

Depuis cette date, les États-Unis se sont lancés dans une course en avant en la matière marquée notamment par les sanctions prises suite aux attentats du 11 septembre 2001, dont le succès a été une source d'inspiration qui prospère toujours aujourd'hui. Les sanctions internationales sont devenues un outil utilisé couramment de la politique étrangère des États-Unis.

#### **1.2.3.1. Les États-Unis mettent en œuvre de manière effective 30 programmes de sanctions internationales et l'OFAC prend chaque année un nombre important de sanctions civiles aux montants élevés**

Au 1<sup>er</sup> décembre 2018, l'OFAC<sup>12</sup> applique 30 régimes/programmes actifs de sanctions à l'encontre d'à peu près autant de pays, régimes ou types d'organisations à travers le monde.

Ces régimes, d'une grande sophistication, sont mis en œuvre par l'OFAC et constamment actualisés ou modifiés au gré des évolutions politiques : comme en témoignent les dernières dates d'actualisation de ces régimes/programmes (*cf.* Tableau 2, *infra*), il s'agit bien de programmes actifs, effectivement mis en œuvre par l'OFAC.

**Tableau 2 : Les régimes de sanctions actifs, appliqués par l'OFAC au 1<sup>er</sup> décembre 2018**

<b>Programmes de sanctions internationales</b>	<b>Dernière modification</b>
Balkans-Related Sanctions	03/02/2017
Belarus Sanctions	24/10/2018
Burundi Sanctions	02/06/2016
Countering America's Adversaries Through Sanctions Act of 2017 (CAATSA)	08/11/2018
Central African Republic Sanctions	13/12/2017
Counter Narcotics Trafficking Sanctions	18/10/2018

<sup>11</sup> Voir à ce sujet les conclusions du rapport Lellouche-Berger de 2016 (cité supra), pages 131 et suivants.

<sup>12</sup> L'Office of Foreign Assets Control (OFAC) est un organisme de contrôle financier, dépendant du Département du Trésor des États-Unis. Ce bureau de contrôle des actifs étrangers est chargé de l'application des sanctions internationales américaines dans le domaine financier. L'OFAC emploie environ 200 personnes et a un budget de plus de 30 millions de dollars (par comparaison, en France, les sanctions sont suivies par cinq personnes à la direction générale du Trésor).

<b>Programmes de sanctions internationales</b>	<b>Dernière modification</b>
Counter Terrorism Sanctions	20/11/2018
Cuba Sanctions	09/02/2018
Cyber-related Sanctions	28/11/2018
Democratic Republic of the Congo-Related Sanctions	14/11/2018
Foreign Interference in a United States Election Sanctions	12/09/2018
Global Magnitsky Sanctions	15/11/2018
Iran Sanctions	08/11/2018
Iraq-Related Sanctions	27/12/2017
Lebanon-Related Sanctions	30/07/2010
Libya Sanctions	19/11/2018
Magnitsky Sanctions	20/12/2017
Nicaragua-Related Sanctions	27/11/2018
Non-Proliferation Sanctions	03/08/2018
North Korea Sanctions	19/11/2018
Rough Diamond Trade Controls	18/06/2018
Somalia Sanctions	19/07/2018
Sudan and Darfur Sanctions	28/06/2018
South Sudan-related Sanctions	06/09/2017
Syria Sanctions	20/11/2018
Transnational Criminal Organizations	02/10/2018
Ukraine/Russia-Related Sanctions	07/12/2018
Venezuela-Related Sanctions	01/11/2018
Yemen-Related Sanctions	14/04/2015
Zimbabwe Sanctions	12/04/2017

*Source : US Treasury, 1<sup>er</sup> décembre 2018*

Cet écheveau de sanctions internationales est d'une complexité extraordinaire. Il a conduit à l'émergence d'une véritable industrie du conseil et de la *compliance*<sup>13</sup>, spécialisée en la matière et produisant de multiples logiciels permettant aux premiers concernés, à savoir les entreprises du monde entier, faisant des affaires aux États-Unis et/ou utilisant le dollar dans leurs échanges mondiaux -autant dire toutes les entreprises y compris les grosses PME-, de se tenir au courant de dernières évolutions et de mettre en œuvre sans faille l'ensemble des mesures prévues.

La *compliance* totale est de mise, car les sanctions pour les contrevenants sont nombreuses et les montants concernés élevés, notamment à l'initiative de l'OFAC (qui prononce des sanctions civiles).

**Tableau 3 : Nombre, montant total et montant moyen des sanctions civiles prononcées par l'OFAC (2010-2018)**

<b>Année</b>	<b>Nombre de sanctions prononcées</b>	<b>Montant total (en \$)</b>	<b>Montant moyen (en \$)</b>
2010	27	200 735 996	7 434 667
2011	21	91 650 055	4 364 288
2012	16	1 139 158 727	71 197 420
2013	27	137 075 560	5 076 873
2014*	22	1 205 225 807	54 782 991
2015	15	599 705 997	39 980 400
2016	9	21 609 315	2 401 035
2017	16	119 527 845	7 470 490
2018**	5	60 963 487	12 192 697

*Source : US Treasury, \*Dont 964M\$ pour BNP Paribas, \*\*chiffres au 1<sup>er</sup> décembre 2018*

<sup>13</sup> La *compliance* est un anglicisme désignant une action ou une procédure par laquelle on se conforme aux exigences et aux recommandations officielles.

Ces sanctions civiles de l'OFAC sont dans la plupart des cas complétés par des sanctions pénales, négociées par le DoJ et/ou d'autres départements ou autorités ayant un intérêt à poursuivre, notamment les autorités judiciaires locales, les régulateurs bancaires, la « *Federal Reserve* », etc.

Force est de constater que les pénalités les plus élevées infligées pour violations des régimes de sanctions internationales l'ont été à l'encontre d'établissements bancaires, tous non américains : ainsi, dans la décennie écoulée, seules trois transactions pénales ont dépassé 1 Md\$, sanctions infligées à trois établissements bancaires européens (cf. tableau 4, *infra*).

**Tableau 4 : Pénalités civiles et pénales les plus importantes infligées pour violation des sanctions internationales depuis 2010.**

<b>Banque sanctionnée</b>	<b>Nationalité</b>	<b>Date</b>	<b>Montant total (M\$)</b>	<b>Montant OFAC (M\$)</b>
BNP Paribas SA	France	30/06/2014	8 900	964
HSBC Holdings plc	Royaume-Uni	11/12/2012	1 900	375
Commerzbank AG	Allemagne	12/03/2015	1 500	259

*Source : Mission IGF*

**1.2.3.2. Les régimes de sanctions internationales contiennent d'abord des sanctions primaires, qui ne sont pas extraterritoriales, mais bénéficient là aussi d'une interprétation large de la définition de la compétence des autorités américaines**

Les sanctions primaires s'appliquent d'abord et avant tout aux personnes physiques et morales ou acteurs économiques américains, et ne sont donc pas considérées comme des sanctions extraterritoriales. En cas d'infraction à la réglementation, ces personnes peuvent faire l'objet de poursuites civiles (définies et prononcées par l'OFAC) et/ou pénales (définies ou prononcées par un tribunal ou, en cas d'accord transactionnel, par le DoJ).

En pratique cependant, l'assujettissement aux sanctions primaires peut toucher des personnes ou entités qui ne se pensent pas américaines, mais qui le sont au regard des critères d'assujettissement utilisés par l'OFAC. Pour cette dernière, toute transaction économique, commerciale ou financière est assujettie à la réglementation américaine en matière de sanctions internationales dès qu'elle remplit au moins une des trois conditions suivantes :

- **l'utilisation du système financier américain**, définie comme la réalisation d'une transaction vers ou par le système financier américain, incluant la réalisation de toute opération de compensation en dollar ;
- **l'implication d'une personne physique ou morale américaine**, notion largement et différemment définie dans chaque régime de sanctions, mais recouvrant en général : les citoyens américains et les étrangers résidents aux États-Unis ; toute personne qui se trouve présente aux États-Unis » ; les sociétés de droit américain ; les filiales ou branches étrangères d'une société de droit américain ; et, toute entité organisée qui est détenue ou contrôlée par un citoyen ou résident des États-Unis ou une société de droit américain ;
- **le commerce d'un bien d'origine américaine**, notion là aussi largement et différemment définie selon les régimes et à laquelle n'échappent que les biens qui ont été substantiellement transformés en bien d'origine étrangère en dehors du territoire américain, ou qui sont incorporés à un bien d'origine étrangère, produit en dehors des États-Unis si la valeur du bien américain incorporé représente moins de 10% de la valeur totale du bien après incorporation du bien américain.

Ces trois critères caractérisent le « *US Nexus* », élément nécessaire et suffisant pour justifier l'applicabilité des sanctions primaires et la compétence des autorités américaines pour poursuivre les infractions concernées. À lui seul, l'utilisation du système financier américain, qui peut être déduit de la seule utilisation du dollar dans une transaction constitue un puissant vecteur d'assujettissement à la réglementation américaine compte tenu du poids prépondérant du dollar dans les échanges mondiaux (plus de la moitié des échanges mondiaux se font en dollar).

Au total, l'interprétation large de ces trois critères, notamment celui du recours au système financier américain, étend considérablement l'assujettissement d'entités non américaines aux régimes/programmes de sanctions primaires et leurs confèrent ainsi une portée *de facto* extraterritoriale.

### **1.2.3.3. Les régimes de sanctions comportent également des sanctions secondaires appliquées explicitement de manière extraterritoriale qui induisent des effets économiques majeurs**

Les sanctions secondaires sont prévues pour punir des individus ou entités juridiques de nationalité américaine ou autres, qui aident ou ont des échanges ou font commerce avec des individus ou entités visées, sans que le lieu de ces échanges entame la compétence de l'OFAC, donc où qu'ils se produisent dans le monde. Elles sont donc d'application purement extraterritoriale et visent à empêcher quiconque (en le menaçant d'une sanction) de commercer avec une personne/entité visée par les sanctions.

Ces sanctions ne sont pas nouvelles : dès les années 90, plusieurs textes ont prévu des sanctions secondaires, notamment les lois « *Helms-Burton* » (sur Cuba) et « *d'Amato-Kennedy* » (sur l'Iran et la Lybie) de 1996. Plus récemment, on en trouve notamment dans les sanctions contre l'Iran (« *Comprehensive Iran Sanctions Accountability and Divestment Act* », « *Iranian Financial Transaction Regulations* » et « *National Defense Authorization Act* ») et dans les sanctions prises en soutien à l'Ukraine (« *Ukraine Freedom Support Act* »).

Ces dispositions prévoient que les institutions financières non américaines qui effectuent des transactions financières avec les personnes/entités visées par les sanctions sont soumises aux sanctions prévues par ces textes.

En dépit de la crainte légitime qu'inspirent ces sanctions secondaires au sein des institutions financières du monde entier, on constate néanmoins que l'OFAC utilise avec parcimonie ses pouvoirs de sanctions en la matière : la mission n'a identifié que quatre utilisations des dispositifs de sanctions secondaires depuis 2012, tout d'abord à l'encontre :

- d'une banque chinoise, « *Kunlun* », sanctionnée civilement par l'OFAC pour violation des sanctions contre l'Iran ;
- d'une banque irakienne, « *Efaf Islamic Bank* », sanctionnée civilement par l'OFAC pour violation de sanctions secondaires à l'encontre de l'Iran ;

Ces deux banques se sont vues sanctionnées par une décision leurs interdisant d'ouvrir ou de maintenir un compte de correspondance ou un compte de passage (avec obligation de fermer les éventuels comptes existants), les privant ainsi de tout accès au marché financier et bancaire américain.

Plus récemment, des sanctions secondaires ont été prises à l'encontre d'entités et de personnes russes et chinoises pour violation de l'embargo contre la Corée du Nord :

- le 29 juin 2017, la « *Bank of Dandong* » s'est vue interdire toute opération bancaire avec des entreprises basées aux États-Unis, l'entreprise « *Dalian Global Unity Shipping Co.* » s'est vue interdire toute transaction commerciale avec des entreprises et des citoyens américains et deux citoyens chinois (Sun Wei and Li Hing Ri) dont les avoirs ont été gelés et qui se sont vus interdire toute transaction avec des individus ou des entreprises américaines (base légale : « *Section 311 du Patriot Act* », « *Executive Order 13382* » relatif à la prolifération des armes de destruction massive et « *Executive Order 13722* » relatif entre autres aux revenus de la Corée du Nord issus du charbon ainsi que ses industries dans l'énergie et dans les services financiers) ;
- le 23 août 2017, les États-Unis ont annoncé de nouvelles sanctions à l'égard de dix entreprises russes et chinoises ainsi qu'à l'encontre de six individus accusés d'aider la Corée du Nord dans son programme d'armement nucléaire : trois entreprises chinoises d'importations de charbon sont sanctionnées et trois individus russes et deux firmes russes basées à Singapour sont sanctionnés pour leur implication dans l'approvisionnement de la Corée du Nord en pétrole (base légale : « *Executive Order 13382* » et « *Executive Order 13722* »).

Au total, on constate donc une certaine parcimonie, voire retenue, dans l'utilisation des sanctions secondaires par les autorités américaines. Néanmoins, la menace qu'elles représentent et leur potentiel de destruction/dommage économique demeurent intacts : les sociétés visées par des sanctions secondaires américaines se voient refuser tout accès au marché américain, ce qui selon la localisation géographique de l'activité concernée, peut signifier la mort économique de la société.

#### ***1.2.3.4. Les sources de divergences entre les sanctions européennes et les sanctions américaines sont d'ores et déjà multiples et tendent à augmenter***

##### ***1.2.3.4.1. L'unilatéralisme américain en matière de sanctions internationales semble croître indépendamment de la couleur politique de l'administration américaine.***

Il est ressorti clairement des auditions de la mission à Washington, que le caractère unilatéral des sanctions internationales est vu de manière positive tant chez les Démocrates que les Républicains : l'outil des sanctions exerce un pouvoir d'attraction fort chez les élus des deux camps et est aujourd'hui considéré comme un outil normal de la conduite de la politique étrangère des États-Unis.

Certes, l'actuelle administration ajoute au tableau un élément perturbateur supplémentaire, incarné par la diplomatie jugée impulsive et surtout imprévisible du Président Donald Trump. Ce dernier semble faire peu de cas des intérêts des alliés historiques des États-Unis, notamment les pays européens. Cependant, au-delà de cette actualité récente, les Américains semblent avoir cessé de prendre en compte les intérêts des pays européens dans l'élaboration de leurs décisions en matière de sanctions internationales depuis quelque temps.

Dans le cas des sanctions contre l'Iran, l'Europe se retrouve prise en étau, coincée entre son alliance stratégique historique avec États-Unis d'un côté et ses intérêts économiques bien compris de l'autre. Ce conflit d'intérêts demeure à ce jour relativement peu embarrassant compte tenu du poids économique faible de l'Iran. Il pourrait en être tout autrement si la divergence d'orientation stratégique portait sur d'autres pays, par exemple la Russie.



#### *1.2.3.4.2. Les risques de divergences stratégiques entre l'Europe et les États-Unis au sujet de la politique de sanctions internationales n'ont jamais été aussi grands*

Le conflit d'intérêts entre l'Europe et les États-Unis pourrait en effet éclater au grand jour en cas de sanctions économiques de grande envergure contre la Russie, dont le poids économique dans les échanges et investissements croisés des pays européens est d'une tout autre dimension : la Russie représente en effet environ 6% des échanges commerciaux de l'Union européenne (UE), mais 8% des importations de l'UE, en raison du poids important des importations de gaz et hydrocarbures.

**À cet égard, la situation est d'autant plus inquiétante qu'il semble que la volonté d'imposer de nouvelles sanctions contre la Russie soit partagée par l'ensemble du spectre politique américain**, à la fois pour des considérations de politique étrangère (annexion de la Crimée, manœuvres hostiles contre l'Ukraine, affaire Skripal, etc.), mais aussi en raison d'objectifs de pure politique intérieure : il semble en effet que nombre de Représentants Démocrates soient tentés d'utiliser l'arme de nouvelles sanctions unilatérales contre la Russie dans le but de nuire au Président Donald Trump, pris dans la controverse sur le soutien de la Russie dont il aurait bénéficié dans sa campagne électorale de 2016.

Aussi, les risques de divergences entre les mesures adoptées par les États-Unis et celles qui pourraient recueillir l'adhésion de l'UE n'ont jamais été aussi grands : il ressort des auditions de la mission que des sanctions drastiques contre la Russie sont à l'étude au Congrès des États-Unis et que des décisions pourraient être prises très prochainement.

De même, la possibilité de nouvelles sanctions contre la Russie émanant de l'Administration et non du Congrès, sur la base des pouvoirs qui lui sont conférés par les programmes de sanction existants, est également forte : l'Administration Trump pourrait en effet être tentée soit de devancer les sanctions probables du Congrès, soit de les accompagner afin de démontrer sa détermination (élément de la démonstration politique de son innocence dans l'affaire de l'ingérence Russe dans l'élection de novembre 2016).

Au total, le risque est élevé pour l'Europe et les entreprises européennes de devenir les victimes collatérales d'un conflit qui ne trouverait pas sa source dans des considérations géopolitiques, mais plutôt de simple politique politicienne d'ordre domestique propre aux États-Unis.

#### *1.2.3.4.3. L'Europe n'a aujourd'hui pas les moyens juridiques de réagir de manière efficace à des sanctions internationales prises par les États-Unis qui iraient à l'encontre de ses intérêts.*

Suite aux lois « *Helms-Burton* » et « *d'Amato-Kennedy* » en 1996, l'Union européenne a adopté le Règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 « 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 », plus communément appelé loi de blocage.

Ce texte demeure à ce jour le seul outil juridique dont l'Europe dispose pour se protéger et protéger ses entreprises contre les conséquences économiques, commerciales et financières de l'utilisation par un État tiers de l'arme des sanctions internationales contre un autre État.

La loi de blocage a pour objectif de contrecarrer les effets des sanctions extraterritoriales de pays tiers sur les personnes physiques (résidentes ou ressortissantes de l'Union) et les personnes morales constituées en société dans l'Union européenne. Son principe est que les opérateurs de l'Union ont obligation de ne pas se conformer à toute « législation extraterritoriale concernée » (c'est-à-dire visée dans l'annexe du Règlement), ni aux décisions, jugements ou sentences fondées sur celle-ci, quels qu'ils soient, sous peine de sanctions (déterminées par les États membres, mais qui doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives (article 9).

Ainsi, la loi de blocage :

- interdit aux opérateurs de l'Union européenne de se conformer, directement ou indirectement, activement ou par omission délibérée aux prescriptions et interdictions fondées directement ou indirectement sur les législations extraterritoriales concernées (article 5,1) ;
- annule l'effet dans l'Union de toute décision étrangère, y compris les décisions de justice et les sentences arbitrales, fondée sur la législation extraterritoriale concernée et sur les actes adoptés en vertu celle-ci (article 4) ;
- permet aux opérateurs de l'Union d'être indemnisés pour tout dommage découlant de l'application de la législation extraterritoriale concernée par les personnes physiques ou morales ou les entités ayant causé le dommage (article 6) ;
- ouvre le droit aux opérateurs de l'Union de demander l'autorisation de se conformer à la législation extraterritoriale concernée en demandant une dérogation, dans les cas où le non-respect de cette législation léserait gravement leurs intérêts ou ceux de l'Union (article 5,2).

Le texte européen a été actualisé le 7 août 2018 afin de répondre à la décision unilatérale des États-Unis du 8 mai 2018 d'imposer à nouveau des sanctions extraterritoriales à l'encontre de l'Iran suite à leur retrait du plan d'action global commun (JCPOA) conclu en 2015 entre l'Iran d'une part et la Chine, la France, la Russie, le Royaume-Uni, l'Allemagne, les États-Unis et l'Union européenne d'autre part. Ainsi, ont été ajoutées à l'annexe de la loi de blocage et donc à la liste des législations extraterritoriales concernées, les législations suivantes :

- « Iran Sanctions Act of 1996 » ;
- « Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012 » ;
- « National Defense Authorization Act for Fiscal year 2012 » ;
- « Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012 » ;
- « Iranian Transactions and Sanctions Regulations ».

Le Règlement européen a le mérite d'exister et fournit une base juridique européenne à l'indemnisation des victimes européennes collatérales de mesures de sanctions extraterritoriales voire à la prise de contre-mesures pour faire échec à ces sanctions. Cependant, force est de constater que ce Règlement n'a quasiment jamais été concrètement mis en œuvre par un quelconque État membre.

Il ressort en effet des entretiens conduits par la mission que la seule et unique invocation du Règlement de blocage s'est produite en Autriche, en avril 2007, à l'occasion de la fermeture de comptes bancaires cubains par la banque autrichienne BAWAG PSK : le ministère des affaires étrangères autrichien a lancé des poursuites administratives à l'encontre de BAWAG en raison de la fermeture par cette dernière d'une centaine de comptes bancaires ouverts par des clients cubains, en application des sanctions américaines contre Cuba, sanctions concernées par le Règlement de blocage européen. La banque BAWAG recherchait, en l'espèce, à se mettre en conformité avec la loi américaine afin de pouvoir accueillir un fonds d'investissement américain (le fonds Cerberus) parmi ses actionnaires. La procédure administrative n'a finalement pas été poursuivie, la banque BAWAG ayant décidé, début mai 2007, de rouvrir les comptes bancaires de ses clients Cubains suite à l'obtention par Cerberus d'une dérogation lui permettant d'investir dans la banque BAWAG même si celle-ci se trouvait en situation de violation des sanctions contre Cuba.

**Un doute persiste donc sur l'efficacité du Règlement de blocage et la possibilité réelle de le mettre en œuvre, notamment dans sa dimension d'indemnisation.** Selon le texte, une société européenne pourrait, en théorie, se faire indemniser de toute amende qu'elle paierait ou dommage qu'elle subirait après sa condamnation (par exemple aux États-Unis) pour violation de sanctions extraterritoriales concernées par le Règlement européen.

- Doit-on en conclure qu'une société européenne pourrait obtenir une décision de justice en Europe condamnant l'État américain à l'indemniser à hauteur de l'amende qu'elle aurait eu à payer aux États-Unis ou du dommage qu'elle aurait subi sur le marché américain ? La plupart des juristes rencontrés par la mission émettent de sérieux doutes quant à la faisabilité et au succès d'une telle requête en indemnisation.
- Comment pourrait-on assurer en Europe le recouvrement d'une condamnation infligée au Gouvernement des États-Unis pour un dommage que sa politique de sanctions extraterritoriale aurait causé à une entreprise européenne ? Il semble peu réaliste de mettre en œuvre, pour ce faire, une vente forcée de biens appartenant au Gouvernement des États-Unis, et une condamnation de la sorte semble devoir rester purement théorique.

**Ces doutes mettent en lumière l'absence, à ce jour, de mesure(s) au niveau européen qui permette(nt) de protéger de manière fiable les entreprises européennes des mesures à portée extraterritoriale prises par des États tiers, au premier rang desquels les États-Unis.**

Il apparaît urgent et nécessaire de renforcer le dispositif européen. Les auditions conduites à Bruxelles ont permis de constater que peu de pays s'expriment sur ce sujet, et que la Commission semble dans l'attente de propositions des États membres. Aussi, la mission préconise l'élaboration d'une proposition française qui pourrait être présentée à nos partenaires de l'Union européenne à l'occasion de l'installation du nouveau Parlement et de la nouvelle Commission, afin que ces deux institutions puissent inscrire ce sujet à leur agenda et l'intégrer parmi leurs priorités pour leur nouveau mandat (cf. 2.7).

#### *1.2.3.4.4. Les solutions envisagées aujourd'hui au niveau européen pour contourner l'utilisation du dollar seront effectives à long terme : l'exemple d'INSTEX*

Dès l'annonce du rétablissement des sanctions américaines à l'encontre de l'Iran en mai 2018, l'Union européenne a travaillé à la constitution d'un mécanisme de troc amélioré via un « *special purpose vehicle* » (SPV), permettant de poursuivre des échanges commerciaux avec l'Iran, à l'abri des sanctions américaines.

Le 31 janvier 2019, la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne (Groupe E3) ont annoncé la création de ce nouvel instrument dénommé INSTEX (« *Instrument for Supporting Trade Exchanges* ») conformément à leur engagement de préserver l'accord de Vienne du 14 juin 2015 sur le nucléaire iranien adopté par le Conseil de sécurité des Nations-Unies par sa résolution n° 2231 (Joint Comprehensive Plan of Action / Plan d'action commun).

Ce véhicule spécial est destiné à faciliter les transactions commerciales légitimes entre les acteurs économiques européens et l'Iran. INSTEX crée un mécanisme de paiement qui permettra aux entreprises européennes de faire du commerce avec l'Iran sans être affectées par les sanctions américaines. Il a été voulu pour contrer politiquement et commercialement la réimposition des sanctions financières américaines extraterritoriales sur l'Iran, et témoigne d'une volonté de l'UE de se doter d'un instrument de souveraineté économique.

Dans un premier temps, ce mécanisme, qui n'a pas encore été mis en œuvre, permettra l'échange de médicaments et d'aliments, non sanctionnés par les États-Unis, entre l'Iran et l'Europe. Cette institution sera constituée d'entreprises et d'institutions européennes prêtes à traiter avec l'Iran.

**À la date de ce rapport, ce mécanisme est encore en cours de mise en place, aussi la mission a simplement veillé à ce que ses recommandations soient compatibles avec cette initiative, et viennent la compléter.**

#### **1.2.4. Raffinement ultime de l'extraterritorialité américaine, les États-Unis ont récemment adopté le « Cloud Act », qui permet aux autorités américaines de collecter les données d'entreprises cibles, où que celles-ci soient stockées dans le monde, en s'affranchissant des règles de la coopération judiciaire internationale**

Le « *Claryfying Lawful Overseas Use of Data Act* » (« *Cloud Act* ») a été promulgué par le Président Donald Trump le 26 mars 2018 : il permet aux autorités américaines d'obtenir, dans leurs enquêtes pénales, des données stockées par des entreprises américaines en dehors des États-Unis sans passer par une demande d'entraide et en s'affranchissant des règles de la coopération judiciaire internationale.

Le « *Cloud Act* » modifie la loi « *Stored Communications Act* » (SCA) de 1986, qui traite de la protection de la confidentialité des données de communication, traitées ou stockées par des fournisseurs de service de communication.

Cette loi apporte une clarification de l'état du droit américain sur un sujet de première importance pour les entreprises mondiales, celles-ci ayant ou étant en cours de migration de leurs données sur le Cloud<sup>14</sup>. Compte tenu de l'état actuel du marché mondial du stockage de données numériques, dominé très largement par des acteurs américains (marché détenu à hauteur de 65% par Amazon, 15% par Microsoft et 5% par Google), la modification du SCA par le « *Cloud Act* » concerne, de fait, l'ensemble des acteurs de l'économie mondiale.

##### **1.2.4.1. Le « Cloud Act » répond à une volonté de conférer une portée extraterritoriale au SCA**

Le « *Cloud Act* » trouve son origine dans la volonté de l'Administration américaine de sécuriser juridiquement les demandes de données numériques faites aux opérateurs américains (notamment tous les GAFAM<sup>15</sup>) par des autorités de poursuites américaines quand ces données sont stockées sur des serveurs situés à l'étranger.

En effet, alors que le problème de l'application des dispositions du SCA ne s'était pas posé pendant des années, le stockage de données par des opérateurs américains étant principalement réalisé dans des « *data center* » situés aux États-Unis, la mise en place progressive de serveurs en dehors des États-Unis par les principaux fournisseurs de services numériques a bouleversé cet équilibre.

Concrètement, le besoin de sécuriser juridiquement ces demandes est né du refus de Microsoft de communiquer aux autorités américaines des données stockées dans un « *data center* » en Irlande, dans une enquête relative à un trafic de stupéfiants, au motif que les données demandées étaient celles d'une personne de nationalité irlandaise et qu'elles étaient stockées en Irlande : le SCA n'ayant pas de portée extraterritoriale, Microsoft considérait que les autorités américaines n'avaient pas de base légale pour en faire la demande.

La Cour d'appel de New York, le 14 juillet 2017, a donné raison à Microsoft, en concluant que, compte tenu de l'absence en son sein de disposition d'extraterritorialité explicite, le SCA devait être lu comme étant limité au territoire national et qu'en conséquence le Gouvernement américain ne pouvait unilatéralement contraindre Microsoft à lui donner accès à des données stockées exclusivement en dehors des États-Unis et devait dès lors faire appel aux traités d'assistance judiciaire mutuelle, un simple mandat de perquisition n'étant pas suffisant<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Le terme Cloud (nuage en anglais) recouvre l'ensemble des solutions de stockage distant. Les données informatiques, au lieu d'être stockées à proximité sur des disques durs, sont disponibles sur des serveurs de stockages distants, appelés Datacenter, et accessibles par internet.

<sup>15</sup> GAFAM est l'acronyme des géants du Web : Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

<sup>16</sup> Étude de Théodore Christakis (Décembre 2017) : USA v. MICROSOFT : Quel impact ? – Statut des données, souveraineté numérique et preuves dans les nuages.

Aussi, sans attendre la décision de la Cour Suprême, le Gouvernement américain a fait adopter, via un cavalier législatif adopté sans discussion et inclus dans la loi de finances pour 2018, le « *Cloud Act* », qui prévoit, dans les enquêtes relatives à un « *serious crime* », un droit de communication au bénéfice des autorités américaines des données recherchées sans considération du lieu où ces données sont stockées. Cette obligation pèse, à titre principal, sur toutes les sociétés américaines et celles qu'elles contrôlent.

**1.2.4.2. Les fournisseurs de services numériques américains et leurs filiales auront l'obligation de répondre aux demandes de transmission de données émanant des autorités de poursuite américaines dès lors qu'elles enquêteront sur des « *serious crime* », sans égard pour le droit du lieu où les données sont stockées**

Le champ d'application du « *Cloud Act* » est vaste, à la fois en ce qui concerne les sociétés visées par une demande de données, les infractions pour lesquelles une demande de données peut être faite et les données concernées.

**1.2.4.2.1. Les sociétés visées**

La rédaction du § 2713 du « *Cloud Act* » est assez générale et vise :

- les « *providers of electronic communications services or remote computing services* », c'est-à-dire les opérateurs de communications électroniques dont l'offre d'accès wifi publics, ainsi que les opérateurs de « *cloud computing* » ;
- les données qui sont situées ou stockées en dehors des États-Unis et qui sont « *in the custody, control, or possession of communications-service providers that are subject to jurisdiction of the United States* ».

Les sociétés pouvant faire l'objet d'une demande selon le « *Cloud Act* » sont donc tous les fournisseurs de services de communications électroniques (les opérateurs de communications électroniques et les fournisseurs d'accès à un service de communication), mais aussi tous les prestataires d'informatique en nuage et les fournisseurs d'accès à un service informatique à distance. Tous les GAFAM et autres acteurs américains du secteur sont donc concernés au premier chef.

**Les États-Unis semblent ainsi considérer que dès lors que les données sont accessibles depuis leur territoire, le fait qu'elles soient stockées en dehors des États-Unis sur le territoire d'un autre État souverain n'est pas un obstacle, car elles se trouvent situées « à portée d'un simple clic » : renversant la logique de la compétence territoriale, la question n'est pas où se trouvent les données, mais d'où elles sont accessibles.**

En général, ces sociétés devront donc normalement relever de la juridiction des États-Unis pour recevoir des demandes au titre du « *Cloud Act* ».

Cependant, ces dispositions ne font pas nécessairement obstacle à ce que des sociétés non américaines soient considérées comme soumises aux dispositions du « *Cloud Act* » par les juridictions fédérales. En effet, en faisant référence aux prestataires « *subject to the jurisdiction of the United States* », le « *Cloud Act* » n'exclut pas que soient concernées les sociétés non américaines ayant une filiale aux États-Unis, voire même celles qui ont des activités ciblant le marché américain :

- s'agissant des premières, le fait pour une société non américaine d'avoir une filiale aux États-Unis peut conduire à une analyse de la Cour considérant que la filiale aux États-Unis a le contrôle sur les données et est donc soumise aux dispositions du « *Cloud Act* » ;

- s'agissant des secondes, selon certains juristes rencontrés par la mission, le fait qu'une entreprise non américaine offre depuis l'étranger des services électroniques ciblés vers le marché américain (par exemple en ayant recours à de la publicité sur des sites américains) pourrait avoir pour conséquence que les autorités américaines la considèrent comme étant « *within the United States* ».

#### 1.2.4.2.2. *Les infractions visées*

Le « *Cloud Act* » dans sa section 2 vise l'objectif politique du Gouvernement américain de protéger la « *public safety* » et de combattre les « *serious crime, including terrorism* ». Dans son § 2523, il vise également la notion de « *threat of death or serious bodily harm to any person* ».

La notion de « *serious crime* » est cependant peu claire et mouvante. Il en existe quelques définitions, dont une à l'article 37 du Code des Règles Fédérales (« *United States Code of Federal Regulations* »), qui la définit comme « *Any criminal offence classified as a felony under the laws of the United States, any state or any foreign country where the crime occurred* », c'est-à-dire en pratique toutes les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

S'ajoute à cette analyse, le fait que la notion de « *serious crime* » n'apparaît dans le texte que s'agissant des demandes de communication adressées aux États-Unis : il y a donc un doute quant à l'applicabilité de cette notion aux demandes adressées par les États-Unis, qui pourraient tout à fait ne pas être limitées à cette notion déjà large et ne relever que de la notion de « *public safety* », encore plus vaste, large et imprécise.

Au total, quoi qu'il en soit, le champ des infractions concernées est très vaste et comprend sans aucun doute l'ensemble des infractions de nature économique, commerciale et financière susceptibles d'affecter les entreprises françaises.

#### 1.2.4.2.3. *Les données concernées*

Les données susceptibles d'être concernées par une demande des autorités Fédérales sur le fondement du « *Cloud Act* » sont de tous les types : des contenus, e-mails, des documents électroniques, des métadonnées, etc.

Les données à caractère personnel des personnes physiques, comme les données des personnes morales sont concernées.

S'agissant des données personnelles des personnes physiques, le « *Cloud Act* » semble entrer en conflit direct avec les dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD<sup>17</sup>) de l'Union européenne, ce dernier prévoyant en effet à l'article 48 que « Toute décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant qu'il transfère ou divulgue des données à caractère personnel ne peut être reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union ou un État membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre ».

---

<sup>17</sup> Le règlement no 2016/679 dit Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) est un règlement de l'Union Européenne qui constitue le texte de référence en matière de protection des données à caractère personnel. Il renforce et unifie la protection des données pour les individus au sein de l'Union Européenne. Après quatre années de négociations législatives, il a été définitivement adopté par le Parlement Européen le 14 avril 2016, et ses dispositions sont directement applicables dans l'ensemble des 28 États membres de l'Union Européenne à compter du 25 mai 2018. En France, la Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles adapte au droit de l'Union Européenne la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et transpose le nouveau cadre juridique européen (le règlement 2016/679 et la directive 2016/680).

#### 1.2.4.2.4. *Le caractère explicitement extraterritorial du « Cloud Act »*

La rédaction du § 2713 « *Required preservation and disclosure of communications and records* » est tout à fait claire sur le sujet :

« *A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider's possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.* »

La loi américaine indique donc explicitement que la localisation physique des données n'est pas un élément pertinent lorsqu'un juge américain émet un mandat de perquisition.

#### 1.2.4.3. *Les garde-fous sont peu nombreux : la nécessité d'un « warrant » et la perspective d'un accord bilatéral*

##### 1.2.4.3.1. *Les garde-fous procéduraux sont limités aux dispositions classiques du droit commun des enquêtes pénales : l'obtention d'un « warrant » ou d'un « court order »*

La procédure que les autorités américaines devront suivre pour obtenir les données recherchées est celle du droit commun des enquêtes pénales : elles devront obtenir d'un juge un mandat de perquisition, un « *warrant* », ou un « *court order* ».

Ces procédures sont déjà celles en vigueur dans le « SCA » qui n'est pas modifié sur ce point : l'extraterritorialité du « SCA » réalisé par le « *Cloud Act* » ne s'est donc accompagné d'aucune garantie procédurale supplémentaire : les données stockées en dehors des États-Unis sont donc soumises au droit commun des enquêtes pénales américaines.

##### 1.2.4.3.2. *La perspective d'un accord bilatéral asymétrique*

Si le « *Cloud Act* » est d'application directe et immédiate (il a déjà commencé à être appliqué par les autorités américaines depuis le printemps dernier), il contient des provisions spécifiques réservées aux États et aux fournisseurs de services numériques ressortissants d'États qui auront signé un accord bilatéral avec les États-Unis, un « *executive agreement* ».

Pour signer un accord bilatéral, l'État candidat doit être un « *qualifying foreign government* » et fournir un certain niveau de garantie de la protection de la vie privée et de respect de l'État de droit (notamment principe de non-discrimination, respect des droits de l'Homme, protection contre les interceptions arbitraires, droit à un procès équitable, prohibition des arrestations arbitraires, prohibition de la torture, etc.).

Les autorités des États signataires d'un « *executive agreement* », accord bilatéral, avec les États-Unis, pourront solliciter la transmission d'informations détenues par des prestataires américains et s'affranchir des règles (et des délais induits) des traités d'entraide pénale.

Pour les fournisseurs de services numériques ressortissants d'un État signataire d'un « *executive agreement* », le seul bénéfice tiré d'un accord bilatéral sera de pouvoir contester de leur propre initiative, dans les 14 jours, devant les juridictions américaines la légitimité d'une demande des autorités américaines si cette demande a pour conséquence de contraindre le fournisseur à violer sa loi domestique et à s'exposer à une menace réelle de sanction dans son pays. Encore faudra-t-il que les intérêts des États-Unis ne soient pas atteints par ce recours, ni que l'information recherchée soit essentielle à l'enquête. Autant dire que les avantages sont peu nombreux.

#### **1.2.4.4. En attendant la conclusion d'un accord bilatéral équilibré, il convient de protéger les entreprises françaises**

À ce jour, aucun État n'a encore conclu d'accord bilatéral avec les États-Unis. Seul le Royaume-Uni a entamé des négociations. Au niveau de l'Union européenne, des discussions ont été engagées pour savoir si l'Union en tant que telle allait affirmer sa compétence pour conclure un « *executive agreement* » avec les États-Unis : une proposition de mandat à la Commission est en cours de préparation. Cependant, il convient de souligner qu'à ce jour les États-Unis semblent opposés à conclure un accord avec l'Union européenne, privilégiant la multiplication d'accords bilatéraux.

Il faut rappeler que le projet de règlement « *E-evidence* », relatif à l'accès aux preuves numériques en matière pénale, prévoit des dispositions équivalentes à celles du « *Cloud Act* » avec une portée extraterritoriale explicite (proposition présentée par la Commission le 17 avril 2018) : ce projet, encore en cours de discussion entre instances de l'Union, permettra en pratique aux autorités françaises de récupérer directement auprès des opérateurs fournissant des services sur le territoire de l'Union toutes les données stockées par ces opérateurs sans considération du lieu de stockage de ces données ni du lieu du siège social de ces opérateurs. L'accès se fera via des injonctions européennes de production ou de conservation adressées directement par les autorités nationales aux opérateurs et assorties de sanctions pécuniaires.

Dans ce domaine de la recherche et de l'acquisition de la preuve numérique, si essentiel aux autorités de police et de justice, il semble clair que l'idéal serait d'aboutir à un accord équilibré avec les États-Unis permettant :

- aux autorités judiciaires des deux côtés de l'Atlantique de collecter et de s'échanger dans des délais courts toutes les données pertinentes pour le succès de leurs enquêtes ;
- de faire respecter de chaque côté, les règles nécessaires et légitimes de protection des données numériques, notamment les données personnelles des personnes physiques, ainsi que les données non personnelles des personnes morales protégées par un secret professionnel ou une autre règle de confidentialité ;
- d'assurer que les canaux d'échanges et de transmissions de données sont équitables, symétriques et fonctionnent avec la même efficacité dans les deux sens.

**Si un accord global pouvait être conclu avec les États-Unis dans ce domaine, un grand progrès serait réalisé dans l'adaptation de nos lois et mécanismes d'échanges d'informations avec les réalités de l'enquête au 21<sup>ème</sup> siècle.**

Cependant, la situation actuelle est éloignée de cet objectif idéal. À ce jour, le « *Cloud Act* » apparaît d'abord comme une étape supplémentaire de l'unilatéralisme extraterritorial américain : il instaure un système de collecte de données au profit des autorités américaines sans égard d'aucune sorte envers la nationalité des personnes concernées ni envers la localisation géographique des données, et ignorant totalement la souveraineté des États et l'application de leurs règles de droit.

Si le « *Cloud Act* » peut sembler être une ébauche de réponse aux difficultés de la coopération judiciaire en matière de recherche de la preuve numérique, il organise néanmoins un système de collecte des données numériques au profit unique des autorités judiciaires et agences administratives des États-Unis, les affranchissant totalement des règles de la coopération internationale, de l'entraide pénale ou administrative.

Au total, dans l'attente d'un accord bilatéral (perspective assez hypothétique à ce jour ou, à tout le moins, lointaine), il est urgent et de la plus haute importance de prendre des mesures permettant de protéger les données non personnelles des personnes morales françaises contre les conséquences potentiellement très graves d'un siphonnage de leurs données à des fins d'enquêtes pénales aux États-Unis qui ne respecteraient pas les règles de la coopération judiciaire internationale (cf. 2.3).



### **1.3. Le droit interne de certains États en matière d'obtention de preuves, notamment le droit américain, permet en contournant la coopération internationale, un transfert massif et incontrôlé des données des entreprises françaises**

#### **1.3.1. Une procédure judiciaire intrusive facilitant un transfert massif des données des entreprises, en dehors des mécanismes d'entraide**

Les procédures de recueil des éléments de preuve, en matière pénale, comme en matière civile et commerciale dans les États de « *Common Law*<sup>18</sup> », aboutissent à une véritable injonction de communiquer pesant sur les personnes mises en cause au pénal, comme sur les parties au civil et au commercial, quel que soit le lieu où se situent les éléments communiqués.

Les preuves transmises par les intéressés sont ainsi « rapatriées », notamment sur le territoire américain, par les personnes mises en cause et les parties, elles-mêmes, échappant ce faisant aux conventions d'entraide exclusivement applicables aux États et non aux personnes privées<sup>19</sup>.

Outre, que la transmission volontaire de ces éléments est souvent de pure façade<sup>20</sup>, elle aboutit, à raison du contournement des mécanismes d'entraide, à une absence totale de contrôle par les autorités françaises d'éléments aussi stratégiques que :

- en matière pénale, la compétence de l'autorité requérante, la base légale de la poursuite, la légalité de la mesure d'instruction au regard du droit de l'autorité requérante, l'existence d'un risque d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de l'État, la confidentialité ou l'utilisation dans d'autres procédures des éléments transmis<sup>21</sup> ;
- et en matière civile et commerciale, la légalité de la mesure d'instruction au regard du droit de l'autorité requérante, l'existence d'une instance en cours ou future justifiant le recueil des preuves, le lien entre les éléments sollicités et l'instance en cours ou à venir, les risques d'atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État et la compatibilité des éléments requis avec notre droit interne<sup>22</sup>.

En pratique, une masse considérable de documents est susceptible d'être transmise de la sorte aux autorités américaines<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> La *Common law* est un système juridique, issu du droit anglais et implanté dans de nombreuses anciennes colonies britanniques où il a perduré, dont les règles sont principalement édictées par les tribunaux au fur et à mesure des décisions individuelles. La jurisprudence est ainsi la principale source du droit et la règle du précédent oblige les juges à suivre les décisions prises antérieurement par les tribunaux.

<sup>19</sup> Article 1<sup>er</sup> 3 du Traité d'entraide judiciaire pénale entre la France et les États-Unis d'Amérique du 10 décembre 1998- article 2 1) de l'accord entre l'Union Européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire - Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale du 18 mars 1970.

<sup>20</sup> Cf. paragraphes 1.3.1.1. et 1.3.1.2.

<sup>21</sup> Article 1<sup>er</sup> 1., 4.1.b) et c), 6 b), 10.1., 14.2. et 14.3 du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les États-Unis d'Amérique en date du 10 décembre 1998.

<sup>22</sup> Articles 1, 3, 12 b) et 21 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

<sup>23</sup> Dans l'affaire Siemens, le DOJ a indiqué que plus de 100 millions de documents avaient été collectés (United States of America v. Siemens Aktiengesellschaft, Department's sentencing memorandum, 12 décembre 2008, P.3) – Le conseil externe d'Alcatel-Lucent a collecté plus de 2 millions de documents dont 200 000 ont été transmis au gouvernement (United States of America v. Alcatel Lucent S.A., Government's memorandum in support of the proposed plea agreements and deferred prosecution agreement, 23 mai 2011, p13).

La loi de blocage (cf. 1.5.1) prévoit une obligation pour toute personne d'informer sans délai le ministre compétent lorsqu'elle se trouve saisie d'une demande de communication de pièces en vue d'une procédure administrative ou judiciaire ou dans le cadre de celle-ci<sup>24</sup>.

Cette obligation n'est cependant pas respectée, et la mission s'est trouvée dans l'impossibilité d'évaluer le volume des demandes de pièces formées directement auprès des entreprises françaises dans le cadre de procédures judiciaires étrangères, notamment américaines.

**Le faible nombre de demandes d'entraide émanant des autorités américaines, en matière pénale, comme en matière civile, semble toutefois indiquer qu'un nombre considérable de pièces sont adressées directement par les entreprises.** Les auditions de nombreuses entreprises, cabinets d'avocats et juristes d'entreprises conduites par la mission ont en effet permis de confirmer que ces transmissions sont nombreuses, particulièrement au travers de la procédure civile dite de « *pre-trial discovery* ».

**Tableau 5 : Entraide pénale entre la France et les États-Unis (2014-2018)**

<b>Demandes d'entraide judiciaire pénale</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>
Demandes françaises	55	61	73	64	61
Demandes américaines	32	39	54	51	40

*Source : Direction des affaires criminelles et des Grâces*

**Tableau 6 : Entraide civile : demandes d'obtention de preuves (OP) (2014-2018)**

<b>Année</b>	<b>Demandes d'OP</b>	<b>dont États-Unis</b>	<b>dont chapitre 1 CRI<sup>25</sup> TGI<sup>26</sup></b>	<b>dont chapitre 2 autorité consulaire commissaire</b>	<b>Refus d'exécution OP États-Unis</b>
2014	305	12	7	3	2
2015	341	16	5	5	6
2016	340	15	7	8	aucun
2017	250	14	3	11	aucun
2018	272	16	10	6	aucun

*Source : Direction des affaires civiles et du Sceau*

**Il convient d'ajouter que ce contournement des canaux de l'entraide en matière civile est parfaitement admis par la jurisprudence américaine, qui ne reconnaît pas de caractère contraignant à la Convention de La Haye.**

La Cour suprême des États-Unis a considéré en 1987, dans un arrêt *Aérospatiale*<sup>27</sup>, que la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale<sup>28</sup> n'interdisait pas à une autorité américaine de continuer à utiliser ses propres procédures d'obtention des preuves à l'étranger et non nécessairement celles de la Convention, selon une appréciation d'opportunité au cas par cas.

<sup>24</sup> Article 2 de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

<sup>25</sup> Commission Rogatoire International (CRI).

<sup>26</sup> Tribunal de Grande Instance (TGI).

<sup>27</sup> US Supreme Court, *Aérospatiale v. US District Court for the Southern district of Iowa*, 482 US 522 (RC 88.559 n.Dyer).

<sup>28</sup> Ratifiée par les États-Unis et la France.

La Cour suprême a fondé sa décision sur le libellé de la Convention indiquant que les États « peuvent » et non doivent recourir à une commission rogatoire, interprétée à l'aune de son préambule énonçant que la Convention cherche « à améliorer le système actuel des commissions rogatoires ; à étendre les moyens de procéder aux actes d'instruction, en conférant aux consuls des droits plus étendus et en adoptant, dans certaines limites, le principe du commissaire ; et en même temps, à maintenir toutes les pratiques plus favorables et moins restrictives existantes qui résultent du droit interne, des règles internes de procédure et des conventions bilatérales ou multilatérales. »

La Conférence de la Haye du droit international privé de décembre 2008 sur le caractère obligatoire ou non de la Convention a conclu, à partir d'un questionnaire adressé aux États partis, qu'il existe une divergence sur ce point : les États de tradition civiliste considérant que les preuves sises à l'étranger ne sauraient être obtenues que par le biais de la Convention et les États de *Common Law* considérant qu'ils ne sont pas tenus de recourir à la Convention et peuvent utiliser d'autres moyens pour obtenir des preuves dans un autre État parti<sup>29</sup>.

Ce contournement des mécanismes d'entraide est amené à s'amplifier dans le domaine pénal, puisque l'adoption récente du « *Cloud Act* » permet désormais aux autorités américaines de saisir des données numériques hébergées à l'étranger, via les fournisseurs de services de communications électroniques américains ou situés aux États-Unis, soit via des tiers à la procédure.

Enfin, ce contournement est d'autant plus problématique, que les autorités françaises recourent, quant à elles, aux mécanismes d'entraide lorsqu'elles sollicitent la communication d'éléments de preuve se trouvant à l'étranger. Or, les exigences du droit américain en termes de preuves liées à la condition de la « probable cause »<sup>30</sup> rendent extrêmement difficile l'obtention de preuves dans le cadre d'une demande d'entraide pénale.

Il ressort des auditions conduites par la mission à Washington, que les autorités judiciaires françaises réussissent rarement à satisfaire ce critère qui, pour la majorité des demandes d'entraide pénale, constitue un préalable indispensable à l'exécution de mesures d'investigation coercitives (perquisitions, saisie de données électroniques...)<sup>31</sup>.

Au total, le droit interne des États-Unis contribue ainsi, tout à la fois, à faciliter l'obtention des preuves à l'étranger par leurs autorités et à le compliquer sur leur territoire pour un État étranger.

---

<sup>29</sup> Conférence de La Haye de droit international privé : Le caractère obligatoire ou non de la Convention sur les preuves, document préliminaire n°10, décembre 2008.

<sup>30</sup> La « *probable cause* » est un des principes les plus importants en procédure pénale américaine. Il implique d'avoir des informations raisonnablement fiables pour justifier qu'une infraction a été commise, fiabilité qui requiert pour être établie la réunion de plusieurs critères :

- la fiabilité de la source : si la source est une personne qui a déjà été condamnée ou est anonyme, le témoignage sera moins fort que si la source est un citoyen ordinaire,
- un lien direct entre la source et la commission de l'infraction ou les éléments de preuve : les informations de la source doivent résulter d'un témoignage personnel et direct et non de propos rapportés par un tiers ayant des informations sur l'infraction. La source doit avoir vu ou entendu la commission de l'infraction. A défaut, les informations doivent être suffisamment corroborées par une enquête indépendante afin qu'une cour américaine puisse en conclure qu'il est probable que les informations soient exactes.

<sup>31</sup> Bilan de l'entraide pénale entre la France et les États-Unis dressé le 9 novembre 2018.

### 1.3.2. Les entreprises françaises sont particulièrement démunies en matière pénale, dans le cadre des procédures transactionnelles conduites par le DOJ

Ainsi qu'il a été déjà exposé, les entreprises faisant l'objet d'une enquête pour délinquance économique aux États-Unis expérimentent, depuis plusieurs décennies, une justice négociée<sup>32</sup>. L'entreprise suspectée se voit proposer de coopérer avec les autorités gouvernementales et de faire pratiquer, à ses frais, une enquête interne par des avocats extérieurs à l'entreprise, qui seront assistés d'experts en traitement de données électroniques.

Dès lors que cette coopération a été acceptée par son client, l'avocat ne peut se rendre complice d'un détournement de celle-ci, sous peine de se voir accusé de complicité d'obstruction à la Justice. À l'ouverture de la procédure, ces enquêtes ne sont limitées ni dans leur objet, ni dans le temps, ni dans l'espace, les autorités américaines pouvant à tout moment les étendre à d'autres faits, allonger la période concernée ou s'intéresser à des activités menées dans d'autres États.

Cette procédure ne revêt en outre, aucun caractère contradictoire dans la mesure où la transmission des éléments en possession des autorités gouvernementales reste à la discrétion de ces dernières et est le plus souvent partielle. Ainsi que le souligne Antoine Garapon, « cette conception de la liberté limite cette dernière à la faculté de faire des choix rationnels, aux dépens de la liberté de s'opposer, de s'affirmer contre le système ou de contester l'interprétation de la loi<sup>33</sup> ».

La contribution des entreprises à l'enquête est d'autant plus active que la perspective du procès est effrayante à plus d'un titre : elle implique une temporalité et une publicité incompatibles avec la vie des affaires, représente un coût important et comporte un risque élevé en termes de sanctions, que ce soit pour la personne morale (une condamnation pénale définitive pourrait engendrer un retrait de l'immatriculation ou de la licence, ou une interdiction d'exercer ou de commercer, etc.) ou les personnes physiques concernées (peine d'emprisonnement notamment)<sup>34</sup>.

Elle est également favorisée par la clémence dont bénéficient les personnes participant activement et de bonne foi au recueil des éléments de preuve et à l'identification des personnes responsables<sup>35</sup>.

**Il résulte des auditions de la mission que la conjugaison de l'ensemble de ces éléments de pression conduit inmanquablement les entreprises françaises à coopérer et à transmettre aux autorités américaines l'ensemble des éléments d'information ou de preuves sollicités, y compris lorsqu'ils se trouvent en France.**

Aux termes de l'enquête, l'entreprise ne plaide pas coupable, elle reconnaît les faits et s'engage à ne jamais les contester, non plus que la procédure, y compris dans toute autre procédure subséquente, qu'elle soit américaine ou étrangère.

Si elle est poursuivie à raison des mêmes faits, elle est donc privée du droit de se défendre, sauf à prendre le risque d'une rupture de l'accord. La situation est d'autant plus périlleuse que le procureur dispose du pouvoir discrétionnaire d'apprécier la rupture de l'accord et de décider de poursuites pénales, en conséquence de cette rupture. « L'entreprise se trouve empêchée en quelque sorte de dire sa vérité du dossier »<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Les premières transactions emblématiques semblent avoir été conclues en 1992 et 1993.

<sup>33</sup> Antoine Garapon, Deals de justice : Le marché de l'obéissance mondialisée, édition 2016.

<sup>34</sup> 30 ans pour l'ancien Président de Taylor Bean and Whitaker, 110 ans pour l'ancien dirigeant de Stanford International Bank (Discours de Lanny Breuer, représentant du DOJ, du 13 septembre 2012.

<sup>35</sup> Doj - Principle 9-28.700 of Federal Prosecution Of Business Organisation.

<sup>36</sup> Antoine Garapon, Deals de justice : Le marché de l'obéissance mondialisée, édition 2016.

Si la transaction aboutit, un accord est passé avec les autorités gouvernementales aux termes duquel :

- l'entreprise s'engage à payer une importante amende, voire à mettre en œuvre un processus de mise en conformité, sous le contrôle d'un moniteur et renonce à se prévaloir de la prescription et à contester les décisions du gouvernement si ce dernier estimait que l'entreprise n'a pas respecté ses engagements<sup>37</sup> ;
- le procureur renonce à poursuivre l'intéressé<sup>38</sup> ou suspend les poursuites<sup>39</sup>, en attendant de l'accomplissement des obligations résultant de la transaction pénale.

Il convient de souligner qu'à aucun moment de cette procédure un juge ne contrôle la compétence des autorités de poursuite, si la ou les infractions en cause sont constituées ou encore la régularité de la procédure.

La Cour suprême des États-Unis a d'ailleurs indiqué que le « compromis est au cœur du processus de transaction »<sup>40</sup> ; le juge en charge de l'homologation de la transaction pénale vérifie par conséquent uniquement si celle-ci est adéquate, juste et raisonnable. Cette homologation prend la forme d'un « *consent judgement* » ou d'un « *judicial decree* », qui confère à ces transactions l'autorité attachée à toute décision de justice.

Une fois la transaction conclue, les informations relatives à l'entreprise continuent en outre d'être adressées aux autorités gouvernementales étrangères par le moniteur. En effet, les accords transactionnels conduisent souvent les entreprises à accepter en leur sein et pour l'avenir la présence, potentiellement sur notre territoire national, d'un moniteur. Le moniteur est une personne (qui peut être en réalité une équipe de plusieurs dizaines de personnes) mandatée par l'autorité étrangère, lui rapportant directement, qui aura accès à toute l'activité et à tous les secrets de l'entreprise pendant la durée de son mandat (qui peut être fixée à de nombreuses années) et évaluera l'action de l'entreprise de manière régulière.

### **1.3.3. En matière civile, la procédure de « *discovery* » conduit à un transfert massif d'éléments relatifs aux entreprises**

Le rapport à l'Assemblée nationale de M. Alain Mayoud<sup>41</sup> sur le projet de loi ayant abouti en 1980 à la révision de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 éclaire la problématique. L'intention du législateur était en effet, de protéger les entreprises françaises appelées à répondre aux interminables questionnaires d'avocats étrangers cherchant à accumuler des preuves à l'encontre des dites entreprises, souvent concurrentes de celles que ces avocats représentent, au travers de la procédure dite de « *discovery* ».

En matière civile et commerciale, la procédure de « *discovery* » aux États-Unis permet d'accéder aux éléments en possession de la partie adverse, ou de tiers à la procédure<sup>42</sup>.

Si, en France comme dans la plupart des autres pays européens, la collecte des preuves au civil et au commercial, est placée sous le contrôle d'un juge et reste empreinte de la maxime latine « *Nemo tenetur edere contra se*<sup>43</sup> » qui exonère les parties de l'obligation de produire des pièces qui leur sont défavorables.

---

<sup>37</sup> *Deferred Prosecution Agreements* souscrits par Siemens (15 décembre 2008) ou Total (23 mai 2013).

<sup>38</sup> Non-Prosecution Agreement.

<sup>39</sup> Deferred Prosecution Agreement.

<sup>40</sup> *United States v. Armour and Co*, 402 U.S. 673, 681, 91S.Ct 1752, 1757 (1971).

<sup>41</sup> Le rapport de M. A. Mayoud - Ass. nat. n° 1814.

<sup>42</sup> Peter Hay, *Law of the United States*, Introduction au droit américain, 3<sup>ème</sup> édition, 2010.

<sup>43</sup> Personne n'est tenu de produire une pièce contre soi.

Tel n'est pas le cas en *Common Law*. Chacun a le devoir de fournir les informations dont il dispose, quelles qu'en soient la localisation et la forme, et de coopérer<sup>44</sup>. La jurisprudence américaine n'a dès lors cessé de renforcer le caractère coercitif de la « *discovery* », notamment en interprétant le silence opposé par une partie comme la reconnaissance des faits allégués.

À défaut de coopération, le demandeur peut saisir le juge afin que celui-ci sanctionne le refus de se soumettre aux demandes de production de témoignages ou de documents<sup>45</sup>, ce dernier pouvant prononcer, aux termes des règles fédérales de procédure civile :

- des sanctions pécuniaires (paiement des frais exposés par l'autre partie) ;
- des sanctions ayant une incidence sur l'issue du litige (faits allégués considérés comme établis, interdiction faite au défendeur de plaider sur une partie du litige, voire jugement par défaut) ;
- des sanctions sur le fondement du « *contempt of court* » (équivalent de l'outrage à magistrat), à savoir au moins une amende, voire des peines d'emprisonnement.

La société Toutélectrique a ainsi été condamnée par la Cour d'appel de Californie en 2002<sup>46</sup> à 25 millions de dollars pour avoir invoqué trop tardivement la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, pour s'opposer à une procédure de « *discovery* »<sup>47</sup>.

Durant cette phase de collecte de preuves, le juge américain ne joue qu'un rôle subsidiaire, exclusivement punitif, en cas de refus opposé aux demandes d'informations<sup>48</sup>. Afin de tenter de limiter la pêche aux informations éloignées du litige<sup>49</sup> qu'est susceptible de générer un tel système, les parties sont appelées en début de procédure à identifier toutes les preuves en leur possession qui sont en rapport avec les faits contestés<sup>50</sup>.

À cet égard, le champ de l'enquête se trouve limité par les principes posés par la Règle 26 (b) (1) des « *Federal Rules Of Civil Procedure* » (F.R.C.P.) qui protègent les informations confidentielles et posent un principe de proportionnalité des éléments de preuve au regard, de l'importance de l'affaire, des sommes en cause, de l'accès des parties aux informations nécessaires, des moyens dont disposent les parties, de l'utilité des preuves, et de l'équilibre entre la charge induite par la recherche d'une preuve et les bénéfices susceptibles d'en résulter.

La partie défaillante peut dans le cadre de la procédure de « *discovery* » faire valoir l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de produire les éléments demandés. En ce cas, le juge émet un « *protective order* », c'est-à-dire une ordonnance par laquelle il légitime le refus de la partie requise et limite l'étendue de son obligation de communication ou en fixe les modalités. Le juge rend sa décision sur la base d'un « *balancing test* » (balance des intérêts), en considération des critères énoncés dans la Règle 26 (b) (1) des F.R.C.P, précitées.

---

<sup>44</sup> *Federal Rules of Civil Procedure (F.R.C.P.)* ou Règles fédérales de procédure civile américaines, n° 26 (*Duty to Disclose ; General Provisions Governing Discovery*) et n° 34 (*Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes*).

<sup>45</sup> Article 37 des *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>46</sup> *Am. Home Assurance Co. v. Société commercial Toutélectrique*, 104 Cal. Rptr 2d 406, 409 (Cal. Ct. App. 2002).

<sup>47</sup> Décret n° 75-250 du 9 avr. 1975 portant publication de la convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, ouverte à la signature à La Haye le 18 mars 1970, signée par la France le 24 août 1972, JO 17 avr. 1975 pp. 3980-3985.

<sup>48</sup> Règles n° 37 des F.R.C.P. américaines ("*Failure to make disclosures or to cooperate in discovery ; sanctions*").

<sup>49</sup> « *Fishing expedition* » qui consiste, sans véritable élément de preuve, à aller à la pêche aux documents et informations, en vue d'une plainte ou d'une action en justice, dont on ignore encore l'objet précis.

<sup>50</sup> *Federal Rules of Civil Procedures (F.R.C.P.)* 26 (a).

**La procédure de « *discovery* », à l'identique de la procédure transactionnelle pénale, créée par conséquent, les conditions d'une transmission volontaire par les entreprises des pièces réclamées, y compris lorsque celles-ci se trouvent à l'étranger ; l'obligation de production des éléments de preuve pesant sur les parties ne dépendant en rien du lieu où se situent les pièces sous leur contrôle.**

Ce transfert direct et massif d'éléments d'information et de preuve par les entreprises françaises, hors du contrôle que permettrait une demande d'entraide, est d'autant plus problématique que ces dernières se trouvent particulièrement fragilisées dans la mesure où les avis de leurs services juridiques ne bénéficient pas de la confidentialité dans notre droit interne.

#### **1.3.4. Ces faiblesses sont accentuées par l'absence de contrôle par les autorités françaises des éléments transmis dans le cadre de l'entraide**

L'ouverture des marchés, la mondialisation croissante de l'économie et les progrès importants du multilatéralisme en matière de lutte contre la criminalité et le terrorisme (notamment dans la foulée de la conclusion de nombreuses conventions de l'ONU ou de l'OCDE à la fin des années 90) ont enclenché un mouvement lent, mais profond d'amélioration de la coopération internationale en matière judiciaire : nombre de traités et conventions internationales rappellent que les États partis s'accordent « mutuellement à l'entraide judiciaire la plus large possible ».

**Ce principe de pleine coopération a eu un impact fort dans les États monistes tels que la France où les traités priment sur le droit interne<sup>51</sup>.** L'objectif légitime de ce principe a cependant fait perdre un peu de vue la nécessité de veiller à ce que la coopération ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État et ce faisant, à la protection des citoyens et des entreprises : la mission a ainsi pu observer que les circuits de cette veille n'étaient pas organisés et les intérêts à protéger pas clairement définis.

Cette lacune est d'autant plus grave et la vigilance en matière d'atteinte à la souveraineté de l'État d'autant plus indispensable que les États se livrent aujourd'hui une guerre économique et commerciale de plus en plus ouverte (notamment depuis l'arrivée de Donald Trump à la Présidence des États-Unis), et que les procédures judiciaires semblent de plus en plus utilisées comme une arme dans cet affrontement. En outre, la preuve devenant majoritairement numérique, les éléments transmis via les canaux d'entraide deviennent de plus en plus volumineux et ce faisant, de moins en moins contrôlables.

##### **1.3.4.1. Le faible contrôle des documents transmis dans les demandes d'entraide en matière pénale**

En matière d'entraide pénale, la France et les États-Unis d'Amérique sont liés par de multiples conventions et traités bilatéraux comme multilatéraux<sup>52</sup>. En outre, depuis le 1<sup>er</sup> février 2010, les États-Unis et la France sont également liés par les accords de coopération judiciaire entre l'Union européenne et les États-Unis en matière d'extradition et d'entraide judiciaire pénale, ces accords n'ayant pas vocation à se substituer aux accords bilatéraux existants, mais à les compléter.

---

<sup>51</sup> La conception moniste repose sur l'idée que le droit international et le droit interne constituent un seul et même ensemble dans lequel les deux types de règles seront subordonnés l'un à l'autre. A l'inverse, pour les tenants de la conception dualiste en vigueur aux États-Unis, le droit interne et le droit international constituent deux systèmes juridiques égaux, indépendants et séparés. La valeur propre du droit interne est indépendante de sa conformité au Droit International.

<sup>52</sup> Le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale du 10 décembre 1998, le Traité d'extradition du 23 avril 1996, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, la Convention

Le flux de l'entraide entre la France et les États-Unis est de moyenne intensité et légèrement déséquilibré, la France adressant davantage de demandes que les autorités américaines.

Outre le fait que le circuit de l'entraide est peu utilisé par les autorités américaines, il résulte des échanges de la mission avec la Direction des Affaires Criminelles et des Grâce (DACG) que, de façon générale, les autorités américaines ont tendance à solliciter directement la communication des éléments recherchés par la/les société(s) concernées et, en parallèle, forment une demande d'entraide, ce qui leur permet d'identifier précisément les éléments dont elles ont besoin et de régulariser la procédure. Autre caractéristique des demandes d'entraide américaines, elles visent généralement à obtenir la remise de volumes importants de documents internes aux entreprises mises en cause<sup>53</sup>.

S'agissant plus spécifiquement des demandes en matière d'infractions économiques et financières, formées dans des procédures mettant en cause des sociétés et établissements bancaires français, neuf demandes d'entraide ont été recensées au Bureau de l'Entraide Pénale Internationale (BEPI) ces cinq dernières années<sup>54</sup>, relatives à six affaires distinctes.

Trois types d'infractions sont principalement concernés par les demandes :

- la violation de sanctions économiques imposées par les États-Unis<sup>55</sup> ;
- les infractions commises sur les marchés<sup>56</sup> ;
- la corruption internationale<sup>57</sup>.

**Le BEPI a admis auprès de la mission avoir longtemps transmis de nombreux éléments dans le cadre de l'entraide pénale, sans véritablement examiner ni filtrer leur contenu. Plus récemment cependant,** des refus d'exécution ont été opposés aux autorités américaines sur le fondement de la contrariété à l'ordre public, motif prévu par l'article 6 de la convention d'entraide bilatérale<sup>58</sup> ou celui d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, figurant à l'article 694-4 du Code de Procédure Pénale (CPP)<sup>59</sup>.

---

des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 et la Convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997.

<sup>53</sup> Des dizaines, voire des centaines de milliers de documents étant susceptibles d'être concernés, aux dires de la DACG.

<sup>54</sup> Bureau de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâce (DACG) du Ministère de la Justice.

<sup>55</sup> Quatre demandes sont parvenues au BEPI, dans le cadre de deux dossiers visant des établissements bancaires, relatives à des investigations menées notamment des chefs de fraude électronique, fraude bancaire et de violation de la législation américaine relative aux sanctions économiques. Les faits reprochés aux banques concernées étaient d'avoir - par divers moyens estimés frauduleux - éludé les filtres et restrictions mis en place par l'OFAC visant à contrôler et, le cas échéant, bloquer des transactions impliquant des organisations terroristes ou interdites ou des virements de sommes en provenance ou vers des États faisant l'objet de sanctions dont le Soudan, l'Iran, la Corée du Nord, Cuba, le Myanmar et la Libye.

<sup>56</sup> La procédure dite Libor/Euribor a donné lieu à la délivrance aux autorités françaises de deux demandes d'entraide pénale (venant compléter trois précédentes demandes reçues en 2012 et 2013) visant des établissements bancaires et portant sur une entente illicite intervenue sur les marchés du taux interbancaire offert à Londres (Libor) et du taux interbancaire européen (Euribor).

<sup>57</sup> Trois sociétés françaises sont ou ont été concernées par trois demandes d'entraide délivrées par les autorités américaines dans des procédures suivies pour corruption, suite à l'obtention de contrats à l'étranger, après versement de pots de vin.

<sup>58</sup> Article 6 - Refus de l'entraide

1. L'État requis peut refuser l'entraide judiciaire s'il considère : a) Que l'infraction à laquelle se rapporte la demande est une infraction politique ou une infraction connexe à une infraction politique, ou ; b) Que l'exécution de la demande risque de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels.

2. Avant de rejeter une demande d'entraide judiciaire, l'autorité centrale de l'État requis consulte l'autorité centrale de l'État requérant afin d'examiner si elle peut accorder l'entraide en imposant les conditions qu'elle juge nécessaires.

3. Si l'entraide est refusée, l'autorité centrale de l'État requis informe l'autorité centrale de l'État requérant des motifs de ce refus.

<sup>59</sup> Article 694-4 du CPP : « Si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de



Ces refus d'exécution sont intervenus dans les deux dossiers OFAC précités.

Dans le cadre de la première procédure, une première demande d'entraide des autorités américaines visait à l'obtention de documents relatifs à dix thématiques différentes, outre l'audition, en présence de procureurs et agents américains, de dix-neuf personnes physiques (salariés ou anciens salariés de l'établissement concerné), dont l'identification préalable était requise. La demande d'entraide complémentaire tendait à l'audition de dix personnes supplémentaires.

Dans la seconde procédure, la première demande d'entraide tendait à l'obtention de documents relatifs à onze thématiques différentes, outre l'audition, en présence de procureurs et agents américains, de dix-sept personnes physiques (salariés ou anciens salariés de l'établissement concerné), dont l'identification préalable était requise. La demande d'entraide complémentaire visait à la transmission de documents complémentaires répondant à neuf thématiques différentes.

L'analyse de ces demandes par le BEPI a permis d'identifier plusieurs difficultés. Tout d'abord, ces demandes étaient particulièrement extensives et portaient sur de très nombreux documents.

Ensuite, il apparaissait que des échanges directs entre les établissements bancaires concernés et les autorités américaines s'étaient préalablement produits, en contrariété avec l'article 1 bis de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, dite « loi de blocage ».

Enfin, il s'avérait que les faits en cause avaient été principalement commis depuis la France, par des personnes physiques ou morales principalement de nationalité française, alors que les régimes de sanctions applicables en France et aux États-Unis étaient très différents et que la prescription des faits en droit français pouvait sembler acquise.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il a été décidé que l'exécution des quatre demandes d'entraide reçues dans ces dossiers était susceptible de porter atteinte à notre ordre public, ce qui a justifié la notification d'un refus d'exécution sur le fondement de l'article 6 b) du Traité bilatéral franco-américain d'entraide judiciaire en matière pénale.

La difficulté demeure cependant, au regard de la masse des pièces sollicitées (principalement numériques) à l'occasion des demandes d'entraide pénale, que le BEPI n'est pas en capacité de contrôler la demande, d'autant que le sursis à exécution des demandes d'entraide pénale est très encadré par la convention bilatérale<sup>60</sup>.

Au regard de cette difficulté, la DACG a défini un protocole de traitement des demandes d'entraide pénale en matière de délinquance économique et financière, dans les affaires sensibles ou complexes, qui a fait l'objet d'une dépêche du Garde des Sceaux, ministre de la Justice, en janvier 2017<sup>61</sup>.

Cette dépêche permet de sensibiliser les procureurs au risque potentiel que représentent les demandes d'entraide pour les intérêts économiques de la France et les incite à :

- signaler ces demandes au BEPI aux fins d'orientation vers le service le plus approprié (Parquet national financier, parquet territorialement compétent, juge d'instruction) ;

---

cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction. S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette information est notifiée à l'autorité judiciaire concernée et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution. »

<sup>60</sup> Article 7 - Report de l'exécution : Si l'État requis considère que l'exécution d'une demande générerait une enquête ou une procédure pénale en cours dans cet État, il peut, après consultation entre les autorités centrales, surseoir à l'exécution, y compris différer la transmission, ou subordonner l'exécution aux conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il doit alors s'y conformer.

<sup>61</sup> Dépêche du garde des Sceaux, ministre de la Justice du 9 janvier 2017 - Lutte contre la délinquance économique et financière complexe - traitement des demandes d'entraide pénale étrangères sensibles visant des personnes morales ou physiques françaises.

- contrôler les éléments juridiques (compétence de l'autorité requérante, prescription de l'infraction, incrimination des faits en France) et à examiner les motifs d'ordre public qui pourraient être opposés à la demande, en concertation avec les autorités américaines et en associant, le cas échéant, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) ou l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) ;
- ouvrir, si possible, des enquêtes dites miroir permettant de se saisir des faits pour lesquels les autorités françaises ont une compétence légitime et de contrôler les éléments transmis.

Il convient cependant de souligner que les enquêtes miroir ne peuvent être ouvertes que pour autant que notre droit interne réprime également les faits visés par la procédure étrangère, or telle n'est pas toujours le cas en matière de sanctions internationales, dont beaucoup sont prises de manière à la fois unilatérale et isolée par les États-Unis.

En outre, pour être effectif, ce contrôle des éléments transmis requiert que les autorités judiciaires en charge de l'exécution des demandes d'entraide soient sensibilisées aux intérêts que l'État souhaite voir protéger, sachent auprès de qui s'adresser en cas d'interrogation à ce sujet et disposent des moyens humains, mais également matériels, permettant d'analyser les données.

À cet égard, la mission a pu constater que les autorités judiciaires, non seulement ne disposaient pas des moyens adaptés à la sensibilité et à la complexité de cette tâche, mais étaient souvent démunies lorsqu'elles se trouvaient confrontées à la question de l'atteinte aux intérêts économiques essentiels de l'État.

Les compétences entourant les magistrats en charge de la délinquance financière sont en effet, insuffisantes, voire inexistantes dans certains ressorts, alors que des pays comme les États-Unis ou la Suède ont développé des équipes spécialisées autour des autorités judiciaires.

L'Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales (OCLIFF), créé en 2013, de par sa compétence nationale, suit 341 enquêtes avec un effectif de 90 personnes et ne dispose pas d'outils suffisants en matière d'analyse des données, ce qui le contraint à sous-traiter certaines analyses, notamment auprès d'Europol.

Enfin, afin de détecter les éventuelles atteintes aux intérêts économiques essentiels de l'État, les autorités judiciaires réclament un référent, clairement identifié et l'élaboration d'une doctrine relative aux intérêts protégés. Il peut être également souligné que l'autorité centrale en charge de l'entraide pénale se trouve tout aussi démunie, en l'absence de traitement interministériel de l'intelligence économique et de doctrine, en la matière.

#### ***1.3.4.2. L'absence quasi totale de contrôle dans l'entraide en matière civile et commerciale***

La Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale du 18 mars 1870 - qui a remplacé les conventions de 1905 et 1954 et inspiré les dispositions de droit commun, d'application subsidiaire, introduites en 1975 dans le Code de Procédure Civile<sup>62</sup> (CPC) - a visé, d'une part, à faciliter l'entraide en réduisant le nombre des intermédiaires et en rendant obligatoire l'exécution des demandes, et d'autre part à jeter un pont entre les systèmes d'obtention des preuves de droit civil et de « *Common Law* ».

Elle prévoit en effet, à côté de la commission rogatoire confiée à un juge, le recours aux agents diplomatiques et consulaires ou à des commissaires, de sorte que la première voie n'est plus qu'un moyen parmi d'autres<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Articles 735 et suivants du CPC.

<sup>63</sup> Droit international privé, Bernard Audit, Traité, LGDJ.

Trois types de procédures sont à la disposition des autorités de chaque État parti :

- la commission rogatoire (adressée par la juridiction requérante à l'autorité centrale de l'État où elle doit être exécutée) ;
- l'obtention de preuves par des agents diplomatiques ou consulaires (qui peuvent, sans contrainte, sur le territoire d'un autre État procéder à tout acte d'instruction concernant une procédure engagée devant un tribunal de l'État qu'ils représentent, avec cette limite qu'une autorisation de l'État de résidence est nécessaire lorsque sont concernés ses ressortissants ou ceux d'un pays tiers) ;
- l'obtention de preuves par commissaire (permettant à toute personne désignée comme commissaire de procéder, sans contrainte, à tout acte d'instruction concernant une procédure engagée devant un tribunal d'un État parti – en France, une autorisation préalable de l'autorité centrale est nécessaire).

Il convient en outre de préciser que les articles 747-1 et 747-2 du CPC, introduits par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, permettent désormais à une juridiction étrangère de demander, sur le fondement de la Convention de La Haye, à l'autorité centrale française l'autorisation d'auditionner, elle-même, un témoin ayant son domicile en France, notamment par vidéoconférence, et ce sans contrainte.

L'article 23 de la Convention permet aux États partis de déclarer qu'ils n'exécuteront pas les commissions rogatoires ayant pour objet la procédure de « *pre-trial discovery of documents* ». Les différences de procédure sont en effet, à l'origine de la principale difficulté à laquelle s'est heurtée la Convention, les procédures d'instruction préalable des pays de *Common Law* - au premier rang desquels les États-Unis - laissant aux parties le soin de réunir les preuves et se caractérisant par un champ d'investigation large, ayant parfois un lien éloigné avec l'objet du litige.

La plupart des États partis ont effectué cette déclaration. Après avoir émis la réserve prévue à l'article 23, la France l'a modifiée avec effet à compter du 19 janvier 1987 : la réserve ne s'applique plus « lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige ».

La Cour d'appel de Paris a interprété cette dernière exigence de façon relativement large puisqu'elle a estimé que l'énumération des documents était limitative dès lors que ces derniers étaient identifiés avec un degré raisonnable de spécificité en fonction d'un certain nombre de critères tels que leur date, leur nature, leur auteur et que la communication des pièces pouvait valablement être demandée pour une période excédant celle des faits sur lesquels portait le procès et correspondant à l'opération litigieuse<sup>64</sup>.

En pratique, du fait même de l'existence de la procédure de « *discovery* », la voie de l'entraide civile et commerciale est peu utilisée par les pays de *Common Law* et plus particulièrement, par les États-Unis<sup>65</sup>. Lorsqu'elle est utilisée, la Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DACCS) a indiqué que le contrôle effectué par l'autorité centrale consistait principalement, en la vérification du respect des termes de la Convention de La Haye, soit la présence des indications requises aux termes de l'article 3.

---

<sup>64</sup> Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2003.

<sup>65</sup> Entre 2014 et 2018, entre 3 et 10 demandes ont été formées par les autorités américaines.

Les enjeux de souveraineté apparaissent le plus souvent, au moment des témoignages ou de la communication des pièces. L'article 743 du Code de procédure civile a d'ailleurs confié au juge commis la possibilité de refuser l'exécution d'une commission rogatoire s'il estime qu'elle est de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État. Le juge se trouve particulièrement démuné pour apprécier une telle atteinte, en l'absence de doctrine établie aisément accessible et de référent désigné au sein de l'administration pour l'éclairer sur le sujet. La DACS a d'ailleurs indiqué qu'en pratique, les seuls refus opposés par les juridictions étaient liés au non-respect des formalités prévues par la Convention de La Haye ou à l'atteinte au secret médical.

S'agissant de l'exécution par les autorités consulaires ou diplomatiques et les commissaires, le contrôle apparaît inexistant. L'audition d'avocats habituellement désignés en qualité de commissaires a permis de confirmer ce point. Il pourrait être objecté qu'en cas de risque d'atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État, les parties peuvent refuser de témoigner ou de transmettre certaines pièces, puisque l'exécution de la demande d'entraide par les autorités consulaires, diplomatiques et les commissaires ne peut se faire qu'avec leur consentement, ces autorités ne disposant pas de la contrainte.

La réalité de la procédure de « *discovery* » est que les parties sont soumises à une véritable injonction de transmettre les éléments de preuve sollicités et que toute opposition fait l'objet d'une demande de « *protective order* », tranchée par le juge saisi de l'affaire au fond.

### **1.3.4.3. Un contrôle très superficiel des informations transmises en matière d'entraide administrative**

L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) est la principale autorité administrative indépendante intervenant dans le domaine de l'entraide administrative internationale. Elle le fait dans ses domaines de compétence (abus de marché, délit d'initié, etc.), en utilisant l'accord multilatéral conclu dans le cadre de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV<sup>66</sup>) comme base d'échange d'informations.

Le « *Memorandum of Understanding* » (MOU) de l'OICV, conclu en 2002, sert de base légale pour l'échange d'informations entre plus d'une centaine d'autorités de contrôle des marchés financiers dans le monde.

La Securities and Exchange Commission (SEC<sup>67</sup>) est un des interlocuteurs principaux de l'AMF dans ce domaine. Un accord bilatéral, complétant le MOU, a été signé avec la SEC. Le champ des informations demandées par la SEC peut être très large notamment lorsque ses demandes se fondent sur des suspicions d'abus de marché (notion très vaste dans son contenu et son interprétation).

Il ressort des auditions de la mission que l'AMF, dans ses échanges avec la SEC, ne contrôle le contenu des informations transmises que dans la mesure où celles-ci pourraient constituer une atteinte à la souveraineté et à la sécurité de l'État, et qu'en dehors de cette exception (dont le champ d'application est extrêmement étroit), l'AMF n'opère à ce jour aucun filtre sur le contenu des informations transmises.

---

<sup>66</sup> L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV, IOSCO en anglais) est une organisation internationale créée en 1983 qui regroupe les régulateurs des principales bourses dans le monde.

<sup>67</sup> La U.S. Securities and Exchange Commission est l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers. C'est en quelque sorte le gendarme de la Bourse américain, aux fonctions similaires à celles de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) en France.

Ces échanges avec la SEC, qui sont tout à fait nécessaires à la bonne régulation et supervision des acteurs des marchés financiers des deux côtés de l'Atlantique, représentent néanmoins un risque non négligeable pour les entreprises françaises en raison de l'utilisation à d'autres fins que la SEC peut faire des informations récoltées. En effet, la double casquette de la SEC (qui est une autorité de supervision tout autant qu'un procureur anticorruption) lui permet d'utiliser les informations recueillies sur le fondement de l'abus de marché aux fins de la mise en œuvre du FCPA.

L'AMF a indiqué à la mission qu'elle précisait dans ses transmissions que les informations demandées ne pouvaient être utilisées à d'autres fins, mais a reconnu qu'aucun contrôle effectif du respect de cette clause n'était réalisé en pratique.

Aussi, sans remettre en cause le caractère indispensable et légitime de ces échanges d'informations avec ses homologues à travers le monde, ni l'indépendance de l'AMF en tant qu'autorité administrative, il apparaît important de l'associer à l'élaboration d'une doctrine nationale en matière de protection des intérêts économiques essentiels de la France, et de veiller à ce qu'elle la mette effectivement en œuvre.

#### **1.4. Cette vulnérabilité en matière civile et pénale est fortement aggravée, en France, par l'absence de protection de la confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprises**

Les entreprises évoluent dans un monde économique globalisé, dans lequel elles ont un besoin croissant d'avis juridiques pour les opérations qu'elles réalisent quotidiennement : que ce soit pour traiter d'opérations stratégiques ou d'opérations commerciales banales, le besoin d'expertise juridique est présent au quotidien.

Ce besoin croissant d'avis juridiques pose la question de leur confidentialité et de leur protection vis-à-vis des tiers, des concurrents comme des autorités. À cet égard, la France connaît une situation singulière en Europe et au sein des pays membres de l'OCDE en général : elle est un des rares pays à ne pas protéger du tout la confidentialité des avis juridiques émis par des juristes en entreprise, que ces juristes soient d'anciens avocats devenus salariés et qui se sont omis du barreau, ou des juristes en entreprise, diplômés en droit n'ayant jamais accédé au barreau ni exercé la profession d'avocat.

C'est ainsi que :

- les juristes d'entreprise français sont soumis au secret professionnel, mais leurs avis juridiques ne sont pas protégés ;
- au sein des grandes puissances économiques, la France est aujourd'hui un des seuls pays où les avis juridiques des juristes en entreprise ne sont pas protégés ;
- en outre, en France, le secret professionnel des avocats n'est plus général et absolu, ce qui y affaiblit d'autant plus la protection des avis juridiques ;
- au total, les entreprises françaises se retrouvent dans une situation de grande vulnérabilité à l'égard des procédures administratives et judiciaires extraterritoriales.

##### **1.4.1. Les juristes d'entreprise français sont soumis au secret professionnel, mais leurs avis juridiques ne sont pas protégés**

Actuellement, les juristes d'entreprise sont dans une situation de grande vulnérabilité face aux demandes d'informations ou de pièces provenant de parties étrangères (au civil) ou d'autorités étrangères (enquêtes administratives/pénales) qui mettraient en œuvre des lois à portée extraterritoriale. Les avis juridiques qu'ils produisent ne bénéficient d'aucune protection en France et ne se voient donc accorder aucune protection par les autorités étrangères dans les procédures américaines.

Cette absence de protection place les juristes français et, plus généralement, les entreprises françaises dans une situation asymétrique défavorable par rapport à leurs homologues de la plupart des grands pays partenaires économiques de la France.

En effet, la plupart de nos principaux partenaires (au sein comme hors de l'Union européenne), accordent une forme de protection de la confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprise ou des avocats en entreprise, similaire ou équivalente à celle dont bénéficient les avis juridiques des avocats extérieurs à l'entreprise.

En France, les juristes d'entreprise sont, comme les avocats, soumis au secret professionnel sur le fondement des articles 55 et 58 de la loi du 31 décembre 1971.

Cette obligation pour les juristes d'entreprise de respecter le secret professionnel a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour de Cassation, notamment dans un arrêt du 18 novembre 2009 : « [...] en vertu de l'article 55 de la loi du 31 décembre 1971, toute personne autorisée à donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé est tenue au secret professionnel ; selon l'article 58 de cette même loi, figurent parmi les personnes visées à l'article 55 les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises [...]. ».

Cependant, il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 que le secret professionnel a uniquement vocation à protéger les documents s'inscrivant dans le cadre de la relation avocat-client, à l'exclusion de tout document émanant d'un juriste d'entreprise.

**Les juristes d'entreprise français se retrouvent donc dans une situation paradoxale, dans laquelle ils sont contraints de respecter le secret professionnel au même titre que les avocats alors même que les avis juridiques qu'ils rédigent ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel, contrairement à ceux des avocats.**

#### **1.4.2. Au sein des grandes puissances économiques, la France est aujourd'hui un des seuls et rares pays où les avis juridiques des juristes en entreprise ne sont pas protégés**

L'absence de protection de la confidentialité des avis juridiques contraste fortement avec le droit qui prévaut chez la quasi-totalité de nos principaux partenaires économiques. La mission s'est focalisée sur les principales puissances économiques, partenaires les plus importants de la France : les six autres pays membres du G7, auxquels on a ajouté l'Espagne, les Pays-Bas, la Belgique et l'Afrique du Sud (*cf. infra*, tableau n°7).

Dans la plupart de ces pays, les avis juridiques en entreprise sont protégés par une forme de confidentialité opposable à l'ensemble des autorités administratives et judiciaires, à commencer par les États-Unis et le Royaume-Uni ainsi que tous les autres pays anglo-saxons de « *Common Law* » ou de culture juridique proche (notamment l'Afrique du Sud, l'Australie, le Canada, Hong Kong, la Nouvelle-Zélande, Singapour et beaucoup d'autres encore dans les Caraïbes, dans l'Océan indien et dans le Pacifique).

Dans les pays de « *Common Law* », il n'existe aucune distinction entre avocats en cabinet et avocats en entreprise, tous étant protégés de la même façon par le « *legal privilege* » (*cf. infra*, encadré n°1) dans ces deux dimensions (« *attorney-client privilege* » et « *work-product privilege* ») pour l'ensemble de leurs avis et consultations juridiques communiqués à leurs clients (clients externes pour un avocat en cabinet, clients internes à l'entreprise pour les « *in-house lawyer* ») : les avis juridiques des « *in-house lawyers* » sont protégés de toute saisie et diffusion dans des procédures pénales, administratives et civiles, comme ceux des avocats externes.

### Encadré 1 : Le « *legal privilege* », histoire et caractéristiques

Le « *legal privilege* » est un droit, permettant de soustraire certaines communications confidentielles de nature juridique, écrites ou orales, à l'obligation d'être produites en justice.

Il date de l'affaire « *Duchess of Kingston* » jugée en 1776, à l'occasion de laquelle il a été indiqué que le « *legal privilege* » trouve sa source dans le respect du principe selon lequel le client d'un juriste doit avoir accès sans entrave à la Justice. Depuis cette date, il est considéré par les tribunaux anglais comme un droit fondamental et un principe essentiel à la sauvegarde des valeurs de justice.

L'arrêt « *Baker v. Campbell* » (1983) rappelle que le « *legal privilege* » a pour objectif de créer un environnement et un rapport de confiance dans le cadre duquel des conseils juridiques seront donnés et reçus confidentiellement, objectif conforme à l'idéal de justice et gage d'une société libre. La Chambre des Lords a défini en 1996 le « *legal privilege* » comme une « condition fondamentale sur laquelle repose l'administration de la justice », puis en 2002 comme un « corollaire nécessaire au droit de chaque personne d'obtenir des conseils juridiques provenant de personnes qualifiées [...]. Un tel conseil ne peut être obtenu de façon efficace à moins que le client soumette tous les faits à son conseil sans avoir peur qu'ils puissent être ultérieurement divulgués et utilisés à son encontre ».

**En pratique, il fonctionne comme une règle d'exclusion de preuve : en toutes matières, ni le client ni son avocat ne peuvent être contraints de produire en justice des documents soumis au « *legal privilege* ».**

En droit fédéral américain, le « *legal privilege* », établi par la loi, confère un caractère confidentiel aux communications entre un avocat et son client, opposable aux autorités requérant leur production, y compris dans les enquêtes et procédures pénales. Il protège de la même manière les communications des avocats *in-house* et celles des avocats externes à l'entreprise.

Il n'existe pas aux États-Unis de statut spécifique de l'avocat en entreprise. Les « *attorneys* » qui exercent en entreprise sont intégrés dans des sociétés traditionnelles (industrie, service...), et sont dénommés « *in-house counsel* ».

Ils travaillent généralement, au sein de l'entreprise, tout en restant inscrits à un barreau, de sorte qu'ils sont soumis aux mêmes obligations déontologiques et statutaires que leurs confrères libéraux. La profession d'avocat aux États-Unis s'apparente davantage à une grande profession du droit regroupant aussi bien des juristes d'entreprise que des avocats en cabinet, modèle assez différent du modèle français, encore divisé par profession et statut, en fonction de la spécialité que le professionnel du droit a choisi d'exercer.

La protection s'applique aux communications orales et écrites comportant une analyse juridique ou la sollicitant. Il est nécessaire, par ailleurs, pour que la communication soit protégée, qu'elle ait été faite par le client en pensant qu'elle serait confidentielle. Bien entendu, la protection ne s'étend pas aux communications du client sollicitant un avis ou une analyse juridique relatives à la manière de commettre une infraction (« *fraud-crime exception* »).

**Le « *legal privilege* » est par conséquent, une règle de preuve qui permet à celui qui en bénéficie de refuser de produire des éléments demandés par l'autorité judiciaire ou toute autre personne. La protection ne tombe que si le client (et non l'avocat) y renonce, ou si son objet est révélé par un tiers auquel la protection ne s'applique pas.**

Au-delà des pays de « *Common Law* », de nombreux autres pays développés, de culture et traditions juridiques différentes, y compris des pays européens de culture juridique de droit civil, ont progressivement adapté ou modifié leur droit de façon à assurer à leurs juristes d'entreprise des conditions de travail leur permettant d'exercer leurs compétences dans un environnement sécurisé, en protégeant la confidentialité des avis juridiques en entreprise. Ce faisant, ils leur ont également permis de bénéficier de conditions équivalentes à celles de leurs concurrents dans le monde anglo-saxon, ou, à tout le moins s'en rapprochant.

**Tableau 7 : Règles de confidentialité des avis juridiques applicables aux avocats en entreprises dans les principaux pays partenaires de la France**

<b>Pays</b>	<b>Avocat en entreprise (O/N)</b>	<b>Secret opposable au civil (O/N)</b>	<b>Secret opposable aux autorités administratives (O/N)</b>	<b>Secret opposable au pénal (O/N)</b>
Afrique du sud	Oui	Oui	Oui	Oui
Allemagne	Oui	Oui	Oui/Non*	Non
Belgique	Oui**	Oui	Oui*	Oui
Canada	Oui	Oui	Oui	Oui
Espagne	Oui	Oui	Oui*	Oui
États-Unis	Oui	Oui	Oui	Oui
France	Non	Non	Non	Non
Italie	Oui	Oui	Oui*	Oui
Japon	Oui	Oui	Oui	Oui
Pays-Bas	Oui	Oui	Oui*	Oui
Royaume-Uni	Oui	Oui	Oui*	Oui

*Source : Mission, Magistrats de liaison et note DAEI (janvier 2019)*

*\*Pour les pays membres de l'Union européenne, la confidentialité des avis juridiques des avocats ou juristes en entreprise est écartée dans le contexte des enquêtes de la Commission européenne pour le respect du droit européen de la concurrence.*

*\*\* La Belgique a créé en 2011 un statut spécifique de juriste d'entreprise, profession à part entière, distincte de celle d'avocat, mais dont les avis juridiques bénéficient d'une confidentialité protégée au civil, dans les procédures administratives et au pénal.*

En Europe, ce fut notamment le cas de l'Espagne, de l'Italie, des Pays-Bas, où un statut d'avocat en entreprise a été aménagé et où la confidentialité des avis juridiques des avocats en entreprise a été protégée. En Belgique, une profession spécifique de juriste d'entreprise a été créée : les juristes d'entreprise belges disposent d'une protection totale de la confidentialité de leurs avis juridiques, au civil, dans les procédures administratives et dans les enquêtes pénales. Seule l'Allemagne n'a pas conféré une protection complète à la confidentialité des avis juridiques des avocats en entreprise, en dépit d'une loi récente (2015) qui n'a pas traité le problème dans son entièreté.

Dans l'Union européenne, seul le domaine du droit de la concurrence échappe à la protection des avis juridiques des juristes ou avocats en entreprise : par son arrêt du 14 septembre 2010, n°C-550/07, « *Akzo Nobel Chemicals Ltd c/ Commission européenne* », la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a décidé que dans le domaine du droit européen de la concurrence les échanges au sein d'une entreprise avec un avocat interne ne bénéficient pas de la confidentialité des communications entre un avocat et son client.

Hors d'Europe également, de nombreux pays se sont mis au niveau des États-Unis en conférant une protection à la confidentialité des avis juridiques des avocats en entreprise : c'est le cas, notamment, au Japon où les règles de confidentialité applicables aux avocats exerçant en cabinet sont également applicables aux avocats exerçant en entreprise.

**Au total**, les juristes d'entreprise français ne disposent pas des mêmes armes que leurs homologues dans d'autres pays. Ils se retrouvent dans une situation très défavorable (*cf. infra*) dans laquelle leurs avis juridiques ne bénéficient d'aucune protection, alors que les avis émis par la quasi-totalité de leurs homologues à l'étranger (qu'ils soient avocats en entreprise ou juristes d'entreprise) sont protégés par des règles de confidentialité strictes, applicables tant dans les procédures civiles, qu'administratives et pénales.



### **1.4.3. En outre, en France, le secret professionnel des avocats n'est plus « général et absolu », ce qui y affaiblit d'autant plus la protection des avis juridiques**

Dernier aspect de la vulnérabilité des entreprises françaises sur ce sujet, la protection offerte par le secret professionnel, supposé à tort être « générale et absolue », est en réalité assez limitée en ce qui concerne les avis juridiques des avocats.

Si les avis juridiques des avocats en cabinet demeurent protégés à ce jour dans le cadre des procédures civiles<sup>68</sup>, cette protection, en revanche, a été à plusieurs reprises entamée par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ces arrêts considèrent que les pouvoirs de saisie de documents des agents de l'autorité de la concurrence trouvent leur limite « dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense<sup>69</sup> ». De même, la Chambre criminelle, statuant dans le cadre d'une saisie judiciaire réalisée au cours d'une enquête préliminaire considère que « si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel [elles peuvent néanmoins être saisies...] lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction<sup>70</sup> ».

**La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi développé, en matière pénale, une interprétation très restrictive du secret professionnel des avocats le cantonnant à l'exercice des droits de la défense dans une procédure judiciaire<sup>71</sup>.**

Cette jurisprudence s'est établie en dépit de deux réformes législatives en 1993 (loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale) puis en 1997, pourtant parfaitement explicites sur le domaine couvert par le secret professionnel : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel<sup>72</sup>. »

Ces jurisprudences *contra legem* de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (en contradiction avec la jurisprudence de la chambre civile de la même Cour) ont de fait considérablement affaibli le secret professionnel des avocats en France.

On peut d'ailleurs s'interroger sur la compatibilité de ces jurisprudences avec l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>73</sup> (CEDH), et le dernier arrêt de Cour condamnant la France pour violation du secret professionnel de l'avocat : « *le contenu des documents interceptés par le policier importe peu dès lors que, quelle qu'en soit la finalité, les correspondances entre un avocat et son client portent sur des sujets de nature confidentielle et privée*<sup>74</sup> ».

---

<sup>68</sup> La chambre commerciale juge en effet que toutes les correspondances entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, qu'elles soient échangées dans le cadre des droits de la défense ou d'un conseil. A l'inverse, la chambre criminelle limite la protection du secret professionnel de l'avocat au seul cas de l'exercice des droits de la défense.

<sup>69</sup> Crim., 24 avril 2013.

<sup>70</sup> Crim., 4 octobre 2016.

<sup>71</sup> Dernière illustration par Crim., 22 mars 2016, qui valide des écoutes dites à « filet dérivant ».

<sup>72</sup> Loi n°97-308 du 7 avril 1997 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, et modifiant l'article 66-5 de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971.

<sup>73</sup> Article 8 CEDH sur le Droit au respect de la vie privée et familiale : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

<sup>74</sup> Arrêt CEDH « Laurent contre France », 24 mai 2018.

## Encadré 2 : Secret professionnel et « *legal privilege* »

Le secret professionnel protège les relations de l'avocat avec son client. Longtemps considéré par les avocats comme « absolu, général et illimité », il a depuis vu sa portée réduite considérablement.

En matière de défense d'un client dans une procédure, c'est une véritable boîte noire. L'application d'un principe général du droit qui veut que toute personne trouve un confident qui gardera le secret absolu sur les révélations qui lui sont confiées. Pour reprendre la célèbre formule de l'avocat Emile Garçon, « *le bon fonctionnement de la société veut que le malade voie un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur. Mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable* ».

**La notion de « *legal privilege* » désigne à l'inverse le droit d'un client ayant reçu un avis juridique d'un avocat de refuser de le produire dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative. Contrairement au secret professionnel, ce n'est pas une boîte noire, c'est une protection de la production intellectuelle de l'avocat et de ses communications juridiques avec son client.**

Sa définition est strictement encadrée, limitée à la seule réflexion juridique (à l'exclusion des faits et de la participation à une infraction dans le conseil prodigué par l'avocat). Dans les pays anglo-saxons, il trouve son fondement dans l'intérêt public, permettant ainsi de garantir la libre réflexion entre un avocat et son client sans courir le risque d'une auto-incrimination.

### 1.4.4. Au total, les entreprises françaises se retrouvent dans une situation de grande vulnérabilité à l'égard des procédures administratives et judiciaires extraterritoriales

La vulnérabilité de la France et de ses entreprises, découlant de l'absence de protection de la confidentialité des avis juridiques en entreprise revêt plusieurs dimensions :

- ◆ les avis juridiques des juristes d'entreprise français ne sont pas protégés des demandes de pièces dans les procédures civiles (« *discovery* ») pouvant émaner de concurrents étrangers dont les avis sont protégés dans leur pays (présence du « *legal privilege* » ou statut spécial des juristes d'entreprise), ce qui met les entreprises françaises dans une situation concurrentielle particulièrement inégale et défavorable, et les rend vulnérables à des manœuvres d'entreprises étrangères à la recherche d'informations confidentielles sur leurs concurrents français ;
- ◆ les avis juridiques écrits par des juristes d'entreprise français ne sont pas protégés en cas d'enquêtes pénales ou administratives, et sont donc accessibles non seulement aux autorités françaises, mais, par voie de conséquence, aux autorités étrangères conduisant des enquêtes à portée extraterritoriale.

En conséquence de quoi :

- ◆ l'absence de protection des avis juridiques émis par les juristes en entreprise en France a pour effet de dissuader les entreprises françaises de solliciter des avis écrits de leurs propres services juridiques ;
- ◆ l'absence de protection des avis juridiques fait de la France une cible privilégiée des autorités administratives et judiciaires étrangères, qui y voient une facilité supplémentaire à poursuivre les entreprises françaises plutôt que leurs concurrentes étrangères : cette faiblesse importante peut expliquer en partie l'appétit des autorités judiciaires américaines à poursuivre des entreprises françaises pour différents motifs (sanctions internationales, corruption, etc.) et pourrait avoir des conséquences économiques importantes et négatives pour la France si l'arsenal de sanctions unilatérales américaines devait se développer plus avant à l'avenir ;

- ◆ les directeurs juridiques français de grands groupes français sont fragilisés en interne par le fait que leurs propres écrits sont moins bien protégés que ceux de leurs subordonnés américains, Britanniques ou autres bénéficiant du « *legal privilege* » ou d'une forme similaire de protection, ce qui les amènent à être exclus de certaines chaînes de discussion entre leurs subordonnés ;
- ◆ les grandes entreprises françaises sont de ce fait fortement incitées à :
  - soit recruter des directeurs juridiques non français au profit d'avocats américains ou britanniques, ou autres bénéficiant de la protection du « *legal privilege* » ;
  - soit à délocaliser à l'étranger tout ou une partie de leurs directions juridiques « Groupe », afin de faire bénéficier leurs services juridiques de la protection des avis juridiques qui n'existe pas en France.

À cet égard, la mission ne peut que mettre en garde devant les risques de délocalisation massive des directions juridiques des grands groupes français qui pourraient résulter de l'inaction : la mission a été informée qu'une grande entreprise française du secteur de l'énergie a déjà, récemment, délocalisé à Bruxelles sa direction juridique « Groupe », d'autres décisions similaires pourraient suivre mettant potentiellement en cause plusieurs dizaines de milliers d'emplois à haute valeur ajoutée en France dans les prochaines années.

En outre, l'absence de protection des avis juridiques a également des conséquences systémiques sur la place des juristes dans les grandes sociétés françaises et, par voie de conséquence, sur la place du droit dans les choix économiques faits par leur management : les nombreuses auditions réalisées par la mission convergent sur la vertu qu'il y aurait à protéger les avis juridiques en entreprise, et à contribuer ainsi à valoriser la place du droit et des juristes en entreprise en France.

**Cette valorisation induite du droit est perçue, chez nos interlocuteurs français et étrangers, comme un moyen d'orienter l'action du management des entreprises vers une meilleure connaissance, une plus grande prise en compte et, *in fine*, un plus grand respect de la règle de droit.**

## **1.5. À ce jour, la réponse de la France aux enquêtes extraterritoriales qui remettent en cause sa souveraineté n'est pas à la hauteur**

### **1.5.1. La loi de 1968 est une loi ancienne, insuffisante, mal appliquée et souvent écartée, qui doit d'urgence être modernisée**

La loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, modernisée en 1980, est un élément à part dans notre arsenal juridique.

Longtemps décriée, elle fut même, un temps, considérée par certains, à tort, comme étant tombée en désuétude.

Malencontreusement surnommée « loi de blocage », elle n'est pourtant en aucune manière une loi de non-coopération, ni une loi prohibant la coopération internationale, mais au contraire une loi visant à faire respecter les règles normales de la coopération administrative et judiciaire, tel qu'elles découlent des traités, des conventions internationales et des accords internationaux de coopération internationale et d'échanges d'informations signés par la France et ses principaux partenaires : c'est une loi d'aiguillage qui a pour but de réorienter les demandes de coopération internationale vers leurs canaux de traitement normaux.

Force est de constater qu'elle a retrouvé depuis un peu plus de dix ans une actualité nouvelle. Non seulement, la première condamnation prononcée sur son fondement est intervenue en 2007, mais la multiplication des demandes d'informations, adressées directement à des entreprises françaises par des autorités judiciaires ou administratives étrangères lui a rendu une partie de son lustre et de son utilité.

Son efficacité demeure cependant très limitée à ce jour, pour plusieurs raisons notamment :

- la quasi-absence de décision de justice la mettant en œuvre (une seule en 50 ans<sup>75</sup>) ;
- la trop grande faiblesse des sanctions encourues (une sanction de 18 000€ est considérée comme dérisoire aux États-Unis) ;
- l'absence de mise en œuvre effective de l'obligation de déclaration prévue à l'article 2 ;
- l'absence de politique pénale ou d'orientations claires du Ministère de la Justice pour la mise en œuvre de la loi.

Ces faiblesses structurelles entament son crédit à l'étranger et en conséquence la loi de 1968 est souvent écartée par les juridictions étrangères : concrètement, les entreprises françaises ne peuvent valablement soulever l'impossibilité de communiquer des informations demandées par une autorité étrangère au motif qu'elles y sont empêchées par la loi de 1968, les autorités américaines considérant qu'en raison de l'absence de mise en œuvre et de la faiblesse des sanctions encourues la loi ne constitue pas une menace réelle pour l'entreprise. Dans ces cas, si l'entreprise refuse de coopérer au nom de l'obstacle que représente la loi, elle risque d'être sanctionnée, à tout le moins, pour « *Contempt of Court* » et de subir d'autres sanctions additionnelles subséquentes.

En matière civile, il existe néanmoins des décisions de justice aux États-Unis, qui ont pris en compte la loi de 1968 et reconnu qu'elle pouvait constituer pour l'entreprise une excuse légitime à ne pas donner droit à une demande d'informations : par exemple, une décision récente du 21 février 2014 « *in re activism Blizzard Inc* », de la *Delaware Chancery Court*, dont les décisions sont très suivies, a fait partiellement droit aux arguments fondés sur la loi française de blocage.

Mettant en balance les critères de la jurisprudence *Aérospatiale*<sup>76</sup>, la Cour indique qu'elle refuse de « procéder par la seule voie de la Convention de La Haye pour exiger de Vivendi SA, défendeur, la divulgation des informations [et qu'elle]... n'est pas non plus prête à mettre en péril le calendrier de la procédure en acceptant la Convention de La Haye comme solution de premier recours ». Toutefois, elle admet que « les parties procèdent selon les deux règles, celle de cette Cour [soit la procédure de « *discovery* »] et celle de la Convention de La Haye [soit la procédure de la commission rogatoire internationale] ».

La conciliation consiste à impartir des délais à Vivendi SA : cinq jours pour transmettre à l'autorité française une demande de commission rogatoire internationale et trente-trois jours pour obtenir la communication des documents, l'entreprise étant invitée à déployer « de bonne foi » des efforts pour s'assurer de l'assistance requise des autorités françaises. À défaut, la Cour annonce qu'elle appliquera la jurisprudence *Aérospatiale* et infligera les sanctions habituelles en cas de refus d'obtempérer à une demande de « *discovery* ».

On voit, à travers cette décision, que la loi actuelle est reconnue même si sa portée utile est limitée à donner des délais de réponse à l'entreprise. D'autres décisions peuvent autoriser une entreprise française à ne pas communiquer certaines informations.

---

<sup>75</sup> Revue des Sociétés 2008 p.882 : Première application pénale de la loi de blocage de 1968. Note sous Cour de cassation (Crim.) 12 décembre 2007.

<sup>76</sup> Voir supra, arrêt *Aérospatiale* de la Cour suprême des États-Unis en 1987, qui a considéré que la Convention de La Haye n'interdisait pas à une autorité américaine de continuer à utiliser ses propres procédures d'obtention des preuves à l'étranger.

Au total, la protection offerte par la loi de 1968, tel qu'elle est actuellement rédigée, n'est jamais pleine et entière : néanmoins elle peut aider, dans certains cas, à donner un répit à l'entreprise française ou à obliger l'autorité étrangère à reformuler sa demande.

En matière pénale, le constat est le même. L'efficacité de la loi de 1968 sera d'autant plus grande qu'il existe une alternative crédible pour l'autorité étrangère d'obtenir les informations demandées (soit par une voie rapide et efficace utilisant les canaux de l'entraide judiciaire, soit via une enquête miroir). À cet égard, la pratique des enquêtes miroir - en matière de corruption depuis janvier 2017 - a contribué à offrir une alternative crédible à la demande directe et donc à renforcer le dispositif d'orientation ou d'aiguillage des demandes des autorités étrangères<sup>77</sup>.

### **1.5.2. Ces dernières années, des progrès limités, uniquement dans les cas où les enquêtes extraterritoriales visent des faits de corruption, ont été réalisés permettant de recouvrer une partie de notre souveraineté judiciaire**

#### ***1.5.2.1. En matière de lutte contre la corruption, différents éléments convergents ont permis d'éviter de laisser les autorités étrangères traiter de faits de corruption commis par des entreprises françaises***

Depuis cinq ans, trois réformes sont venues renforcer l'arsenal français de lutte contre la corruption : la création du PNF en 2014, la loi Sapin 2<sup>78</sup> (qui a introduit les contrôles de conformité en matière de lutte contre la corruption, ainsi que la Convention Judiciaire d'Intérêt Public<sup>79</sup>), et les enquêtes miroir depuis la dépêche du garde des Sceaux de janvier 2017.

Le développement des procédures étrangères concernant les entreprises françaises a, en effet, longtemps renvoyé à l'incapacité de nos autorités à enquêter sur ces infractions, complexes et occultes par nature, et à les sanctionner dans des délais raisonnables<sup>80</sup>.

Le nombre de relaxes, ordonnances de non-lieu et classements sans suite avait d'ailleurs marqué une augmentation notable en France, passant d'un total de douze en octobre 2012, à trente-et-un en octobre 2014 (dont onze nouvelles décisions au bénéfice de personnes morales)<sup>81</sup>.

La loi Sapin 2 a ainsi facilité les investigations en matière de corruption, notamment via la création de la CJIP, en permettant le développement d'enquêtes internes à l'entreprise, effectuées par des avocats, sous le contrôle du procureur de la République. Ce faisant, elle a donné la possibilité aux autorités françaises d'ouvrir plus aisément des enquêtes miroir, lorsque des autorités étrangères s'intéressent à des faits commis par des entreprises françaises.

---

<sup>77</sup> Cf. supra : dépêche du Garde des Sceaux du 9 janvier 2017, qui sensibilise les Procureurs au risque potentiel que représentent les demandes d'entraide d'autorités judiciaires étrangères et les incite, si possible, à ouvrir des enquêtes dites « miroir » permettant de se saisir des faits.

<sup>78</sup> 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, communément appelée Loi Sapin 2.

<sup>79</sup> La Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) est un mode alternatif de règlement des poursuites régi par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. La CJIP est réservée aux personnes morales pour un certain nombre d'infractions dites de probité, c'est-à-dire en matière de corruption, de trafic d'influence, de fraude fiscale, de blanchiment des dites infractions ainsi que leurs infractions connexes. En ce qui concerne les personnes physiques, celles-ci ne sont pas prises en compte dans le cadre de la conclusion d'une CJIP.

<sup>80</sup> La durée moyenne des enquêtes en matière de corruption transnationale à partir du dernier acte délictueux est en effet, de 7,3 ans et va en augmentant, puisqu'elle était de 2 ans, en 1999.

<sup>81</sup> Rapport de l'OCDE sur le suivi de la France en phase 3 (2014).

L'ouverture de ces enquêtes miroir a permis aux autorités françaises d'avoir accès aux éléments détenus par les autorités étrangères et également de contrôler les informations transmises à ces autorités. Cela a favorisé la coopération entre équipes d'enquêtes franco-américaines, et ainsi permis de rétablir notre souveraineté.

La CJIP récemment conclue dans l'affaire Société Générale<sup>82</sup>, par laquelle la banque a accepté de verser 500 millions d'euros équitablement répartis entre le Trésor français et son homologue américain, illustre bien les progrès réalisés en la matière.

***1.5.2.2. En revanche, pour les autres sujets, seules les formes traditionnelles de coopération internationale demeurent disponibles, avec des règles qui ne sont pas adaptées au traitement des procédures extraterritoriales actuelles***

La CJIP ne concernant qu'un champ très limité d'infractions<sup>83</sup>, elle ne pourra pas être utilisée en de nombreuses matières, notamment le traitement des infractions aux sanctions internationales unilatérales imposées par certains pays, à commencer par les États-Unis d'Amérique. Dans ce domaine, les autorités françaises ne pourront pas se saisir des faits et, par conséquent, co-contrôler l'évolution de la procédure étrangère et les éléments qui lui sont transmis.

En l'état actuel de notre droit (découlant notamment du Traité d'entraide judiciaire franco-américain), les autorités judiciaires américaines seraient en droit de réclamer de la France une coopération pour enquêter sur des infractions commises par des sociétés françaises aux sanctions unilatérales imposées par les États-Unis à certains pays, alors même que la France n'aurait pas pris de sanctions similaires.

Les autorités françaises ne pourraient refuser cette coopération qu'au motif de l'atteinte à notre souveraineté, clause opposable en principe même si cela risquerait fort de ressembler à une interprétation large de la notion que les Américains seraient en droit de critiquer. En dehors de l'invocation de cette clause, la France serait tenue de répondre positivement à une demande d'entraide judiciaire.

On voit bien ici les limites de notre système de défense, notamment sur le sujet des sanctions internationales américaines, sujet en voie de développement rapide qui pourrait concerner de manière massive non plus seulement des pays marginaux sur la scène économique mondiale, mais des pays de premier plan, partenaires économiques importants de la France, tels que la Russie ou la Chine. La Russie fait déjà l'objet de sanctions européennes et américaines, mais d'ampleur assez limitée et/ou visant essentiellement des individus ou entités expressément nommés, mais il ressort des auditions de la mission à Washington que des sanctions économiques de plus grande envergure pourraient être prises prochainement à son encontre.

Les procédures étrangères en ce domaine, visant les entreprises françaises, risquent par conséquent de se développer, sans que les autorités françaises aient les moyens de s'y opposer.

---

<sup>82</sup> Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) conclue entre le PNF et la Société Générale, 24 mai 2018.

<sup>83</sup> Corruption, trafic d'influence et blanchiment de certaines infractions de fraude fiscale et infractions connexes.

## **2. L'abus de lois et mesures à portée extraterritoriale est une menace pour l'ordre économique mondial et un élément de concurrence déloyale, dont il convient de protéger efficacement les entreprises françaises et européennes**

À ce jour, les entreprises françaises sont seules et isolées face aux autorités étrangères, notamment américaines.

Idéalement, l'Union européenne constituerait le niveau le plus pertinent pour ériger des mesures de protection efficaces contre les manœuvres potentiellement abusives d'autorités étrangères. Néanmoins, par souci de réalisme et afin de répondre à l'urgence de protéger les entreprises françaises, la mission formule des propositions relevant de la compétence nationale, considérant qu'il revient à la France de prendre l'initiative et de porter ensuite le message au niveau de l'Union.

**À cette fin, la mission propose un ensemble cohérent de trois mesures systémiques indissociables, accompagné de six recommandations complémentaires**, afin de : doter la France des instruments juridiques qui lui manquent ; assurer le bon fonctionnement des outils existants ; et, promouvoir l'adoption de mesures efficaces au niveau européen.

- ◆ La première recommandation, la plus importante sur le fond et la plus efficace d'un point de vue technique, car elle utilise le droit américain pour s'en protéger, est à prendre de toute urgence : la protection de la confidentialité des avis juridiques en entreprise, opposable en toutes matières (civil, pénal, administratif), par la création d'un statut d'avocat en entreprise doté de la déontologie de l'avocat et d'un droit à la protection de ses avis juridiques. Cette mesure vient combler une lacune du droit français sans remettre en cause notre capacité à poursuivre les infractions et à coopérer au niveau international, permettant seulement de mettre les entreprises françaises au même niveau de protection que leurs principales concurrentes étrangères.
- ◆ Deux autres recommandations d'ordre systémique également :
  - la modernisation de la loi de 1968, dite « loi de blocage », qui permettra d'en augmenter l'effectivité, par le biais de la création d'un mécanisme obligatoire d'alerte en amont, par la mise en place d'un accompagnement des entreprises par une administration dédiée (le SISSE<sup>84</sup>) et par une augmentation de la sanction prévue en cas de violation ;
  - une nouvelle loi, protégeant les données non personnelles des entreprises françaises, qui sera une sorte d'extension du RGPD européen aux données des personnes morales et qui permettra de sanctionner les hébergeurs de données numériques qui transmettraient aux autorités étrangères des données non personnelles relatives à des personnes morales françaises en dehors des canaux de l'entraide administrative ou judiciaire.
- ◆ Cinq autres recommandations qui permettront de combler certaines lacunes, d'améliorer l'efficacité de nos protections contre les mesures extraterritoriales et qui inciteront l'Europe à agir de concert sur ce sujet :
  - l'élaboration d'une doctrine nationale partagée sur les secrets à protéger, à destination de l'ensemble des administrations, y compris celles qui contribuent à la coopération internationale qu'elle soit judiciaire ou administrative, afin d'éviter à l'avenir que des informations sensibles relevant des intérêts économiques essentiels puissent être transmises à des autorités étrangères et être utilisées contre nos entreprises ;
  - rendre la politique pénale française plus lisible pour renforcer l'utilisation de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP), afin de pouvoir plus efficacement poursuivre en France les infractions de corruption dans les transactions commerciales internationales ;

---

<sup>84</sup> Service de l'Information Stratégique et de la Sécurité Économiques (SISSE)

- saisir pour avis la Cour internationale de justice afin de fixer l'état du droit international sur l'extraterritorialité ;
- lancer une initiative française à l'OCDE pour fixer des règles multilatérales de partage de compétence entre autorités nationales, permettant de mieux encadrer l'usage des lois à effet extraterritorial et d'éviter le protectionnisme judiciaire ;
- élaborer une proposition française à nos partenaires de l'Union européenne pour renforcer les outils européens de protection des entreprises européennes face aux demandes des autorités administratives et judiciaires étrangères (hors Union).

Enfin, la mission propose que le Parlement lance une mission visant à renforcer les outils et moyens dédiés à la lutte contre les infractions économiques et financières, notamment la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers.

## 2.1. Proposition n°1 : protéger les avis juridiques internes des entreprises

Il ressort clairement des auditions de la mission, notamment des auditions de nombreux cabinets d'avocats français et étrangers, que **la première et principale faiblesse des entreprises françaises face aux procédures à portée extraterritoriale réside dans l'absence de protection de la confidentialité des avis juridiques des juristes en entreprise.**

Cette faiblesse est propre au droit français : la France est en effet un des rares grands pays dans le monde développé à ne pas protéger la confidentialité des avis juridiques en entreprise. Cela place la France et ses entreprises dans une situation de concurrence asymétrique avec leurs principaux partenaires économiques et concurrents<sup>85</sup>.

Cette faiblesse a des conséquences aussi bien au civil<sup>86</sup> qu'au pénal ou dans les procédures administratives. Un procureur américain, dans ses enquêtes pénales contre une société américaine, anglaise, japonaise, ou autre, ne pourra ni demander la communication ni utiliser les avis juridiques échangés dans cette société entre ses juristes internes (avocats ou « lawyer ») et les responsables opérationnels (au sens large, pas nécessairement le top management) : en revanche, il pourra le faire dans ses enquêtes pénales contre une société française.

Cette asymétrie fait de la France une cible privilégiée des autorités étrangères (notamment américaines) et c'est ainsi que de nombreuses sociétés françaises, industrielles ou financières, se sont fait sanctionner par la justice américaine ces dernières années : elles se sont vues contraintes de communiquer aux autorités américaines des documents, notamment des avis juridiques, qui n'auraient pas été communicables par leurs concurrentes américaines, britanniques ou autres, fournissant ainsi des armes particulièrement efficaces aux procureurs dans la « négociation ».

Cette différence de traitement est d'autant plus intolérable dans le contexte actuel où la menace de nouvelles sanctions américaines rendant le risque de procédures pénales américaines contre des entreprises françaises plus élevées que jamais.

Aussi, il est urgent de rétablir l'équilibre et de combler efficacement et complètement cette lacune juridique de notre droit pour protéger les entreprises françaises des actions judiciaires qui pourraient être lancées à leur encontre par des autorités ou concurrents étrangers : il convient de conférer aux entreprises françaises le même niveau de protection de leurs avis juridiques internes que celui dont disposent leurs principaux concurrents.

---

<sup>85</sup> La confidentialité des juristes d'entreprises, Juriste d'Entreprise Magazine, Numéro spécial, 19 septembre 2013. Et notamment : « Remarques sur les difficultés d'application de l'attorney client privilege aux juristes internes en France », position de Florence G'Sell, Professeur, Université de Bretagne Occidentale.

<sup>86</sup> Voir par exemple : Cour de cassation du 3 novembre 2016 (Cass.1re 3 nov. 2016, N°15-20-495). L'affaire Technicolor, Juriste d'entreprise mobilisez-vous ! par Jean-Charles Savoré, Président d'honneur de l'AFJE.



**Il ne s'agit nullement de créer une boîte noire** au sein de l'entreprise en protégeant indument des informations qui seraient nécessaires à l'établissement de la vérité : les faits demeureront accessibles aux services enquêteurs, comme c'est le cas aux États-Unis ou au Royaume-Uni, de même que tous les documents établis dans le but de commettre une infraction (comme c'est le cas aujourd'hui pour nos avocats, et comme c'est le cas dans les pays de « *Common Law* » : « *crime fraud exception* »).

**La protection des avis juridiques est limitée aux consultations juridiques, et non aux discussions d'affaires.** Il s'agit ainsi uniquement de protéger la réflexion juridique interne à l'entreprise, qui doit être libre et ne pas servir de base à une incrimination pénale future, ni fragiliser l'entreprise dans un litige civil ou commercial. Plus généralement, les avis juridiques ne doivent pas conduire à une auto-incrimination (principe protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme) et l'avocat, au cœur de l'entreprise, doit plus que jamais être « un acteur essentiel de la pratique universelle du droit » (article 6.1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat - RIN).

### **2.1.1. Il est devenu urgent d'agir et d'installer en France l'avocat en entreprise : il en va de la compétitivité de l'économie française comme de la défense des entreprises françaises face aux mesures à portée extraterritoriale**

**Ainsi qu'il le sera développé plus longuement (cf. 2.1.2), la meilleure manière de protéger efficacement les avis juridiques écrits en entreprise face aux procédures extraterritoriales consiste à introduire l'avocat salarié dans l'entreprise, car seule une protection de l'avis juridique attachée à un avocat sera reconnue par les autorités américaines.**

La question de l'instauration de l'avocat en entreprise et de la protection de ses avis juridiques ont été traitées à de multiples reprises depuis trente ans, sous des angles différents, sans jamais avoir été tranchées de manière satisfaisante. De nombreux rapports<sup>87</sup> et différents projets de loi (dont le dernier en 2015) ont préconisé différentes solutions, allant de la création d'un statut particulier aux juristes d'entreprise à l'importation pure et simple de l'avocat en entreprise avec toutes ses règles et son secret professionnel.

Si aucune des solutions promues par ces différents rapports n'a abouti, tous les travaux entrepris sur cette question depuis plus de trente ans s'accordent sur un point : la situation actuelle n'est plus tenable, ni pour les professionnels concernés, qui ne peuvent plus travailler sereinement, ni pour les entreprises françaises, dont la compétitivité est grandement affectée, ni pour la France, qui est devenue une cible de choix pour les actions et mesures à portée extraterritoriale de ses concurrents et/ou adversaires sur la scène internationale.

Au-delà du sujet central des risques liés aux procédures extraterritoriales, notamment d'origine américaine, et des risques plus croissants encore de leur développement dans le futur sur le sujet des sanctions internationales (cf. risques de sanctions additionnelles contre la Russie), il existe également de nombreuses autres raisons qui conduisent à introduire enfin l'avocat en entreprise, notamment :

- le besoin des entreprises françaises de voir leurs juristes et les avis juridiques qu'ils émettent protégés par une forme de confidentialité qui leur permette de se mettre au niveau de leurs concurrentes et de bénéficier de conditions de concurrence loyale avec les entreprises étrangères qui bénéficient, pour la plupart, de cette protection ;

<sup>87</sup> On peut citer notamment les rapports de MM. Daniel Soulez Larivière (1988), Bernard du Granrut (1996), Jean-Marc Varaut (1998), Henri Nallet (1999), Marc Guillaume (2006), Jean-Michel Darrois (2009), Michel Prada (2011), Richard Ferrand (2014) et Kami Haeri (2017).

- les difficultés auxquelles sont confrontés les juristes d'entreprise français dans leurs rapports et échanges avec leurs homologues étrangers, comme avec leurs collègues étrangers au sein même des entreprises françaises, en raison de l'absence de protection de leurs avis juridiques ;
- les risques croissants de délocalisation des services juridiques des grandes entreprises françaises ou étrangères établies en France vers des pays où la protection des avis juridiques est mieux garantie, notamment en Europe où l'essentiel de nos partenaires ont introduit une forme de protection de la confidentialité des avis juridiques ;
- le besoin intrinsèque de protéger les avis juridiques écrits en entreprise qui permettent une évaluation exhaustive des risques juridiques liés à telle ou telle opération et une discussion interne libre au sein de l'entreprise sur ces risques, sans que de telles notes puissent être ultérieurement utilisées contre l'entreprise dans une procédure judiciaire, civile comme pénale, en France comme à l'étranger ;
- la nécessité d'encourager la diffusion du droit dans l'entreprise, alors même que la régulation de la vie des affaires recourt de manière croissante au droit, appelé à irriguer l'ensemble des domaines de la vie de l'entreprise, via notamment les programmes de conformité ;
- l'absence de débouchés professionnels pour les jeunes avocats, les difficultés de mobilité professionnelle auxquelles ils sont confrontés et la paupérisation croissante de la profession d'avocat rappellent également l'urgence d'une réforme qui permettrait notamment d'élever la place du droit dans l'entreprise et, par voie de conséquence, d'irriguer l'ensemble des professions juridiques, au premier rang desquelles la profession d'avocat d'une demande de droit renouvelée et amplifiée.

### **2.1.2. La mission a écarté plusieurs types de réponses qui auraient été possibles, mais peu efficaces voire contre-productives**

En termes d'organisation globale de la réforme, **quatre solutions, inadaptées, excessives ou inappropriées, nous paraissent devoir être écartées** :

- ◆ **L'importation pure et simple du statut d'avocat libéral dans l'entreprise**, avec toutes ses caractéristiques actuelles, soit en autorisant l'avocat libéral à exercer en entreprise, soit en créant un nouveau statut spécifique de salarié protégé, ce qui, dans les deux cas, provoquerait un rejet très fort de la réforme par les employeurs potentiels et donc à son échec.
- ◆ **L'organisation d'une nouvelle profession réglementée de juriste d'entreprise**, dotée d'une confidentialité spécifique, solution adoptée en Belgique il y a une dizaine d'années, dont le bilan est mitigé, qui déboucherait sur une nouvelle fragmentation des professions juridiques et qui risquerait en outre de ne pas conférer aux avis juridiques la protection recherchée. En effet, la valeur de la confidentialité accordée aux avis juridiques des juristes d'entreprise belges n'a encore jamais été testée, à la connaissance des auteurs de ce rapport, devant les autorités américaines : compte tenu du fait que les juristes d'entreprise ne sont pas des avocats inscrits au barreau (comme les « *lawyer* »), il existe un risque important que les autorités américaines ne les reconnaissent pas « dignes » de bénéficier du « *legal privilege* » qui existe aux États-Unis et est reconnu par les juridictions et autorités américaines lorsqu'il existe ailleurs.

- ◆ **La couverture partielle des avis juridiques des avocats en entreprise par un droit à la protection qui ne serait opposable en France que dans une procédure civile.** Une telle réforme serait totalement inefficace pour contrer les procédures extraterritoriales pénales américaines. Les autorités américaines n'appliquent en effet pas le droit du for dans l'appréciation de la confidentialité<sup>88</sup>. Dès lors, elles considéreraient qu'aucune confidentialité ne leur est opposable. On peut même s'interroger sur le fait qu'un tel droit à la protection, limité dans son champ, serait pris en considération par le juge américain y compris au civil.
- ◆ **L'institution d'un filtre, au niveau de la Chancellerie, qui sélectionnerait les documents et informations qui peuvent être communiqués aux autorités étrangères** dans le cadre des demandes d'entraide, alors même que ces documents resteraient accessibles sans restriction aucune aux enquêteurs français. Une telle mesure serait sans aucun doute fort mal reçue, à juste titre, par nos principaux partenaires. Elle risquerait de donner de la France l'image, très négative, d'un pays non-coopératif appliquant un double standard à un même document selon l'origine du demandeur et pourrait être interprétée comme une violation de nos engagements internationaux (avec les risques qu'il y aurait pour la France de se faire sanctionner par différentes organisations internationales, tels l'OCDE ou le GAFI<sup>89</sup>) ; en outre, un tel filtre risquerait de placer l'entreprise française poursuivie aux États-Unis en risque juridique dans la mesure où elle s'exposerait à des sanctions pour « *Contempt of Court* ».

Par ailleurs, en termes de mise en œuvre de la réforme, la mission écarte également la solution préconisée par l'Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE), de conférer automatiquement le statut d'avocat en entreprise à tous les juristes y exerçant depuis au moins deux ans qui reviendrait à priver l'entreprise de sa liberté de décision de recruter, ou non, des collaborateurs ayant un statut d'avocat.

### **2.1.3. La mission préconise donc la solution de l'avocat salarié en entreprise, doté d'un statut et d'un secret professionnel adaptés**

Afin d'éviter les écueils mentionnés au paragraphe précédent, tout en traitant au fond et de manière efficace le problème posé, la mission préconise d'introduire dans le droit français des règles qui existent d'ores et déjà chez nos principaux partenaires économiques et qui n'ont jamais suscité de problème pour ces pays au regard de leurs engagements internationaux ni dans la conduite de leurs enquêtes pénales : la protection des avis juridiques internes aux entreprises via l'introduction de l'avocat salarié en entreprise, doté d'un statut adapté et d'un droit à la protection des avis juridiques produits en entreprise.

Les consultations menées par la mission lui ont permis de rencontrer l'ensemble des instances représentatives de la profession, ainsi qu'un panel très large d'avocats en activité, exerçant tant à Paris qu'en province. Elles lui ont également permis de rencontrer les instances représentatives des juristes en entreprise, ainsi que des magistrats instructeurs et des enquêteurs. En outre, la mission a rencontré plusieurs associations professionnelles représentant les entreprises, à commencer par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF).

Au terme de ses consultations, et dans le prolongement des précédents rapports et tentatives législatives, les contours de la réforme proposée par la mission sont les suivants :

---

<sup>88</sup> En vocabulaire juridique, le for (du latin forum, place publique sur laquelle siégeait le tribunal) désigne le tribunal qui a été saisi d'une affaire, et donc concrètement, le lieu où une affaire est jugée. Le droit du for (ou *lex fori*) est la loi qui doit être appliquée à une situation déterminée est la loi du lieu où la juridiction a été saisie.

<sup>89</sup> Le Groupe d'action financière (GAFI) est un organisme intergouvernemental de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

- l'avocat en entreprise sera inscrit au barreau sur une liste ad hoc et soumis aux obligations déontologiques garantantes de son indépendance et de son intégrité ;
- salarié de l'entreprise, il en sera un collaborateur normal, sans statut dérogatoire au droit du travail ;
- il réservera l'exclusivité de ses prestations à son entreprise ;
- il n'aura pas la capacité de plaider devant les tribunaux ;
- il bénéficiera d'un droit à la protection de ses avis juridiques, opposable aux tiers et aux autorités administratives et judiciaires, dans la production de ses avis juridiques et la préparation des procédures judiciaires.

***2.1.3.1. L'avocat en entreprise sera inscrit au barreau sur une liste ad hoc et soumis aux obligations déontologiques garantantes de son indépendance et de son intégrité***

L'avocat en entreprise devra être inscrit au barreau, sur une liste ad hoc du lieu du siège social de l'entreprise ou de l'exécution du contrat du travail. Son inscription au barreau sera le gage de son intégrité et de son indépendance.

L'avocat en entreprise sera tenu de respecter les principes déontologiques et éthiques de la profession d'avocat, dont la mission fondamentale est de servir la justice et son client, c'est-à-dire l'entreprise/personne morale (et non pas ses dirigeants). Il sera tenu au respect d'un secret professionnel adapté, appelé « droit à la protection » (*cf. infra*).

Le fait que l'avocat en entreprise soit inscrit au barreau et soit donc pleinement considéré comme un avocat permettra de garantir la reconnaissance de la réforme et notamment du droit à la protection des avis juridiques par les cours étrangères, notamment américaines.

***2.1.3.2. Salarié de l'entreprise, il en sera un collaborateur normal, sans statut dérogatoire au droit du travail***

L'avocat en entreprise sera un salarié de droit commun de l'entreprise, un collaborateur sans autre spécificité que son appartenance au barreau. Son contrat de travail sera soumis aux dispositions du droit du travail comme tout autre salarié.

Il n'aura pas de statut particulier ni ne pourra être considéré en aucune manière comme un salarié protégé : il sera soumis aux mêmes modalités de recrutement, de discipline et de licenciement que les autres salariés de droit commun de l'entreprise. Ce statut de droit commun permettra une bonne appropriation de la réforme par les entreprises.

Pour les questions relatives aux règles déontologiques, l'avocat en entreprise relèvera de la compétence du bâtonnier auquel il est rattaché dans le respect des principes essentiels de la profession, et notamment du principe d'indépendance (*cf. infra*, 2.1.4.5).

***2.1.3.3. Il réservera l'exclusivité de ses prestations à son entreprise***

Afin d'assurer le service loyal et efficace de son entreprise, l'avocat en entreprise devra réserver l'exclusivité de ses prestations d'avocat à son entreprise.

#### **2.1.3.4. Il n'aura pas la capacité de plaider devant les tribunaux**

Afin de limiter les craintes d'une partie de la profession d'avocat et de parer les risques de concurrence dont pourraient, en théorie, souffrir certains cabinets d'avocats, notamment dans les villes moyennes de province, et afin de privilégier une solution d'équilibre permettant de faciliter l'acceptation de la réforme, la mission propose d'interdire explicitement à l'avocat en entreprise de plaider devant les tribunaux.

Cette interdiction vaut devant toutes les juridictions de France sans aucune exception.

#### **2.1.3.5. Il bénéficiera d'un « droit à la protection de ses avis juridiques », opposable aux tiers et aux autorités administratives et judiciaires, dans la production de ses avis juridiques et la préparation des procédures judiciaires**

La mission propose de créer un « droit à la protection des avis juridiques de l'avocat en entreprise » qui bénéficiera à tous les avis juridiques des avocats salariés en entreprise. Il sera ainsi distinct de l'actuel secret professionnel des avocats libéraux (*cf. supra 1.4.3. Encadré 2 : Secret professionnel et « legal privilege »*). En effet, la mission considère qu'il ne serait pas concevable d'appliquer aux avocats salariés en entreprise l'actuel secret professionnel, car la nature de ce qui est protégé est différente :

- ◆ s'agissant des avocats libéraux en cabinet, c'est l'avocat dans tout ce qu'il accomplit et dans ses échanges avec son client qui est protégé (protection *in personam*) ;
- ◆ s'agissant des avocats en entreprise, c'est uniquement l'avis juridique et/ou les communications juridiques de l'avocat avec son client interne qui sont protégés (protection *in rem*).

Le droit à la protection des avis juridiques de l'avocat en entreprise devra ainsi faire l'objet d'une définition strictement limitée à la réflexion juridique, afin d'éviter tout abus. Il portera ainsi sur :

- ◆ l'ensemble des communications orales, écrites et électroniques de l'avocat avec ses « clients » internes à l'entreprise (c'est-à-dire tous les cadres de l'entreprise qui ont besoin d'avis juridiques dans l'exercice de leurs fonctions) ; et,
- ◆ consistant en une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue notamment d'une éventuelle prise de décision, y compris les consultations juridiques concernant la préparation ou la conduite de la défense de l'entreprise dans une procédure judiciaire (actuelle ou éventuelle).

Le droit à la protection des avis juridiques de l'avocat en entreprise sera opposable : aux tiers ; et aux autorités administratives et judiciaires dans l'exercice de leurs enquêtes, et dans toutes les procédures judiciaires, civiles, commerciales, sociales et pénales, sauf lorsque l'avocat commet ou participe à la commission ou facilite la commission de l'infraction.

Le droit à la protection des avis juridiques de l'avocat en entreprise devra ainsi être accompagné par la mise en place de règles de procédure permettant sa mise en œuvre et son respect effectif, en appréciant au cas par cas les éléments qui doivent être protégés.

En cas de perquisition dans l'entreprise, et par extension de la procédure prévue à l'article 56-1 du Code de procédure pénale pour les perquisitions dans le cabinet d'un avocat, le bâtonnier territorialement compétent devra être présent pour donner éventuellement son avis sur les documents juridiques de l'avocat en entreprise que les enquêteurs souhaiteraient saisir (il apportera sa réponse quant à la nature du document : est-ce ou non un avis juridique protégé par le droit à la protection ?). En cas de contestation, les documents devront être mis sous scellés dans l'attente que le Juge des Libertés et de la Détention (JLD) se prononce (en veillant dans l'intervalle à ce que les enquêteurs ne puissent pas prendre connaissance des documents).

Pour faciliter les opérations de perquisition, il pourrait également être faite obligation à l'entreprise d'identifier au préalable les avis juridiques, et d'indiquer les raisons s'opposant à la communication/saisie du document avec également l'obligation de communiquer aux enquêteurs un résumé des documents dont elle refuse la communication/saisie au titre du droit à la protection. Une sanction pénale dissuasive pourrait également être mise en place afin d'éviter tout abus.

Au civil, le juge saisi de l'affaire sera compétent pour trancher le différend en cas de contestation entre les parties sur la nature d'un document considéré par l'une des parties comme un avis juridique bénéficiant de la protection.

Enfin, il conviendra d'assurer la bonne articulation du droit à la protection des avis juridiques de l'avocat en entreprise avec les autres types de secret existants, notamment le secret des affaires<sup>90</sup>. À cet égard, l'information faisant l'objet d'un avis juridique de l'avocat en entreprise ne devrait pas en principe relever du régime du secret des affaires, la réflexion juridique n'ayant pas de valeur commerciale au sens de l'article L-151-1 du Code de commerce<sup>91</sup>. En tout état de cause, la Loi devra s'assurer de la prééminence du droit spécial des avis juridiques, comme c'est d'ailleurs le cas dans tous les pays européens qui ont transposé la directive « secret des affaires » et qui connaissent également le droit spécial du « *legal privilege* » sous diverses formes<sup>92</sup>.

#### **2.1.4. Quel impact de la réforme ?**

Le droit à la protection de l'avocat en entreprise protégera donc la confidentialité des avis juridiques qu'il produira, à l'instar du « *legal privilege* » des pays de « *Common Law* ». Comme dans ces pays, la confidentialité sera opposable dans toute procédure civile, mais aussi aux autorités administratives ou judiciaires dans le cadre de leurs enquêtes, y compris pénales.

##### **2.1.4.1. Quel impact au civil ?**

La réforme de l'avocat en entreprise permettra de rétablir en totalité l'équilibre des forces dans un litige civil entre une entreprise française et une entreprise étrangère bénéficiant du « *legal privilege* » ou d'une autre forme de protection de la confidentialité de ses avis juridiques.

À ce jour en effet, on l'a vu, les entreprises françaises se retrouvent dans une situation particulièrement désavantageuse dans laquelle elles sont contraintes de dévoiler l'ensemble de leurs pièces constitutives de preuve, y compris la totalité des avis juridiques écrits par leurs juristes d'entreprise, alors que leurs concurrentes, anglo-saxonnes notamment, peuvent se prévaloir de la confidentialité de ces avis juridiques pour ne pas les communiquer.

La réforme rétablira donc l'équilibre des forces en présence, dans tous les litiges civils.

---

<sup>90</sup> La loi du 30 juillet 2018 (Directive européenne du 8 juin 2016) a institué une protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués, plus communément appelé secret des affaires. Ce dernier est un secret de faible intensité, non opposable aux autorités administratives et judiciaires, qui couvre une quantité très vaste de documents, de tous types et de toute nature, financière, commerciale, stratégique, intellectuelle ou juridique.

<sup>91</sup> Article L. 151-1 du Code de commerce : « 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 de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »

<sup>92</sup> En application du principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général : en l'espèce, le droit spécial applicable aux avis juridiques des avocats en entreprise dérogera au droit plus général du secret des affaires (qui concerne un nombre largement supérieur de documents de toute nature et d'auteurs très variés).

### 2.1.4.2. Quel impact sur les enquêtes administratives et pénales en France ?

S'agissant des enquêtes administratives et pénales conduites en France, cette réforme n'aura, en pratique, qu'un impact limité sur leur déroulé. En effet, comme évoqué par les interlocuteurs rencontrés par la mission, ce n'est pas dans les avis juridiques qu'on trouve des preuves de culpabilité.

Tout d'abord, **la réforme n'empêchera nullement la manifestation de la vérité.**

- **L'établissement des faits n'en sera nullement empêché**, car les faits ne sont pas couverts par le droit à la protection et demeureront pleinement accessibles aux services enquêteurs, comme c'est le cas dans les pays qui connaissent déjà le « *legal privilege* » (États-Unis ou Royaume-Uni, notamment).
- **De même, le droit à la protection de l'avis juridique n'empêchera pas l'établissement de l'intentionnalité<sup>93</sup>**, qui doit être déduite de faits positifs, d'actions positives et non d'une simple connaissance du caractère illégal d'un acte. Cette connaissance (par le biais d'une analyse juridique) n'établit pas l'intentionnalité de commettre une infraction : le droit pénal français prévoit que l'intentionnalité doit être déduite d'un faisceau d'indices permettant d'établir que la personne qui a participé à une action illégale y a participé activement. Il en ressort que la protection accordée aux analyses juridiques des avocats en entreprises n'aura, en bonne logique, aucune incidence sur l'établissement de l'intentionnalité, telle que prévu par le code de procédure pénale.

En outre, **tous les avis juridiques ne seront pas couverts par le droit à la protection** : tous les avis juridiques établis dans le but de commettre une infraction, d'en conseiller ou d'en faciliter la commission ne seront pas couverts par la protection, comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour les avocats exerçant en cabinet et comme c'est le cas également dans les pays de « *Common Law* » pour les avis juridiques en vertu du principe de « *crime fraud exception* ».

Au total, la réforme ne permettra en aucun cas de constituer une boîte noire au sein de l'entreprise. L'appréciation de ce nouveau droit à la protection se fera au cas par cas, sous le contrôle du juge. Aussi, il modifiera que de manière limitée les modalités de l'enquête : elle n'empêchera nullement le recueil matériel des preuves ni le succès des enquêtes pénales ou administratives.

**L'introduction de ce droit à la protection des avis juridiques aura néanmoins un impact sur le déroulé de l'enquête, et la nécessité d'aménagement de la procédure pénale comme c'est le cas pour l'ensemble des droits protégés.** En pratique, elle modifiera nécessairement les routines et habitudes bien ancrées des services d'enquêtes.

Pour limiter les craintes d'un allongement des délais de procédure, et plus généralement d'une atteinte à l'efficacité des investigations, il conviendra d'accompagner cette réforme d'une augmentation appropriée des moyens matériels et humains consacrés à la lutte contre la délinquance économique et financière<sup>94</sup>.

Plus généralement, la mission a recueilli de nombreuses propositions sur la lutte contre la délinquance économique et financière, et demande à ce qu'elles soient expertisées dans les meilleurs délais par un rapport parlementaire (cf. 2.8).

---

<sup>93</sup> Selon l'article 121-3 du Code pénal, il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. L'intention (ou dol) peut être définie simplement comme la volonté de l'auteur des faits de les commettre, en connaissance de cause de leur caractère infractionnel et de leurs conséquences éventuelles.

<sup>94</sup> Notamment en terme informatique, de formation des équipes ou/et de financement avec la possibilité d'une généralisation de la pratique du fonds de concours utilisé en matière de stupéfiants (fonds de la MILDECA, ancienne MILDT).

### 2.1.4.3. Quel impact sur les enquêtes administratives et pénales extraterritoriales ?

Si l'impact domestique de la réforme sera limité, il ressort en revanche des auditions de la mission, notamment des cabinets d'avocats américains rencontrés aux États-Unis, qu'elle aura un impact systémique important sur les enquêtes extraterritoriales et permettra d'accroître substantiellement les moyens de défense des entreprises françaises dans ces enquêtes extraterritoriales.

#### 2.1.4.3.1. Tout d'abord, le droit à la protection des avis juridiques des avocats en entreprise sera reconnu par les juridictions américaines dès lors qu'un certain nombre de conditions seront respectées.

En effet, les Cours américaines sont souveraines dans l'appréciation de la protection attachée à certaines communications ou documents<sup>95</sup> et utilisent le « *touching base test* » dans la détermination du droit applicable aux communications d'un avocat étranger avec son client aux États-Unis ou à l'étranger (qu'il s'agisse d'un avocat interne ou externe, car il n'y a pas de distinction de la sorte aux États-Unis) :

- si la communication « *touches base* » avec les États-Unis, le « *legal privilege* » américain s'appliquera (à condition, bien entendu, que la personne concernée soit bien un avocat inscrit au barreau – ce qui exclut en France les juristes d'entreprise qui ne sont pas avocats) ;
- si la communication ne « touche » pas les États-Unis et est réalisée à l'étranger, c'est le « *legal privilege* » du pays concerné, s'il existe, qui s'appliquera devant la cour américaine.

S'agissant de la mise en œuvre de ces principes, il ressort des auditions de la mission avec les différents cabinets d'avocats (français et américains) rencontrés que le juge américain vérifiera systématiquement que l'auteur de la communication/avis juridique est bien membre d'un barreau. Il vérifiera également, avant d'accepter l'opposabilité du privilège aux États-Unis, que la protection offerte à la communication/avis dans le pays de l'avocat concerné est bien opposable également aux autorités de même nature.

Aussi, en conclusion, on peut estimer sans risque que le droit à la protection de l'avocat en entreprise sera pris en compte par les Cours américaines dès lors qu'un certain nombre de conditions seront respectées :

- le droit à la protection **devra être attaché à un avocat inscrit au barreau** (condition indispensable, le « *legal privilege* » ne peut en effet être reconnu que s'il est attaché à un « *lawyer, member of the Bar* ») ;
- le droit à la protection devra avoir des **caractéristiques aussi proches que possible du « *legal privilege* » américain**, notamment dans son opposabilité aux tiers et aux autorités administratives et judiciaires, faute de quoi il risquerait de ne pas être reconnu par les cours américaines.

Si toutes ces conditions sont respectées, l'introduction de l'avocat en entreprise permettra aux entreprises françaises d'opposer le droit à la protection des avis juridiques dans toutes les demandes de communication de pièces formulées par les autorités de pays qui reconnaissent le « *legal privilege* », notamment les autorités américaines.

---

<sup>95</sup> Cf. Federal Rules of Evidence n° 501 : "... the privilege of a witness, [or] person... shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experiences."



**2.1.4.3.2. Contrairement à certaines idées reçues, l'opposabilité du « legal privilege » est pleinement respectée aux États-Unis et s'est vu confortée par de nouvelles directives du DoJ en 2008 et 2015**

Il est parfois évoqué des pratiques anciennes des procureurs américains selon lesquelles le « legal privilege » serait fréquemment levé suite aux pressions exercées sur les mis en cause : certains en déduisent qu'il ne serait donc pas utile d'introduire cette réforme en France.

**Ces idées reçues, erronées bien entendu, omettent deux éléments d'importance majeure, dont la mission a pu s'informer lors de ses auditions auprès des représentants du DoJ ainsi que de nombreux cabinets d'avocats tant à Paris qu'à Washington :**

- **la force de ce principe dans la culture juridique américaine** (et plus largement de « Common Law »), rappelé à de nombreuses reprises par le DoJ dans ses « *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* », notamment en août 2008 dans le principe n°9-28.710 : « *The attorney-client privilege and the attorney work product protection serve an extremely important function in the American legal system. The attorney-client privilege is one of the oldest and most sacrosanct privileges under the law : its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients, and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice.* »;
- **l'interdiction formelle qui est faite aux procureurs, depuis 2008, de demander la levée (« waiver ») du « legal privilege » dans les enquêtes pénales ou administratives** : « *Prosecutors should not ask for such waivers and are directed not to do so* ». Cette interdiction contenue dans la circulaire n°9-28.710 d'août 2008 (*cf. supra*) a été renforcée plus avant par la circulaire n°9-28.750 de novembre 2015 qui invite les avocats qui seraient soumis à de telles demandes de les dénoncer auprès de l'*Attorney General* aux fins de sanctions disciplinaires : « *The Department underscores its commitment to attorney practices that are consistent with Department policies like those set forth herein concerning cooperation credit and due respect for the attorney-client privilege and work product protection. Counsel for corporations who believe that prosecutors are violating such guidance are encouraged to raise their concerns with supervisors, including the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General. Like any other allegation of attorney misconduct, such allegations are subject to potential investigation through established mechanisms.* »

**2.1.4.3.3. Cette opposabilité aura des conséquences importantes et représentera un moyen de défense puissant pour les entreprises françaises dans certains pays.**

En effet, compte tenu de la nature même de la procédure utilisée, par exemple, aux États-Unis, qui n'est qu'une « négociation informelle » asymétrique, parfois particulièrement violente, devant conduire à un « accord » (*cf. supra* 1.2 et 1.3), les autorités d'enquêtes américaines ne recherchent pas à établir des faits, mais d'abord et avant tout à faire pression sur la partie poursuivie. Elles utilisent pour ce faire tous les éléments pouvant constituer un faisceau d'indices. En outre, comme les autorités américaines ont nécessairement un accès assez limité à l'entreprise française et aux documents en sa possession (distance, impossibilité de perquisitionner à volonté, etc.), elles ont une tendance bien naturelle à surexploiter tout document qu'elles ont pu se procurer.

Dans un tel contexte, **un avis juridique produit par le service juridique d'une entreprise française, a une valeur relative pour les enquêteurs extraterritoriaux bien supérieure à celle qu'il pourrait avoir dans une enquête domestique et peut constituer une arme redoutable pour un procureur extraterritorial contre l'entreprise**, et par conséquent affaiblir l'argumentation de cette dernière et sa position dans la négociation informelle.

Aussi, donner à l'entreprise française la faculté d'opposer le droit à la protection de ses avis juridiques (réplique parfaite du « *legal privilege* » anglo-saxon) lui fournira ainsi un moyen juridique efficace de faire respecter ses droits, notamment ses droits de la défense, dans les procédures extraterritoriales à l'étranger et lui permettra d'échapper en partie à la pression terrible exercée par les procureurs dans le cadre des poursuites ou plutôt « négociations informelles » à l'américaine, comme peuvent le faire les entreprises américaines elles-mêmes (et celles de tous les pays ayant adopté le « *legal privilege* » sous une forme ou sous une autre).

À cet égard, il ressort des auditions que le montant record des amendes prononcées dans certaines affaires est directement lié à la communication aux procureurs américains des avis des services juridiques des entreprises françaises. **Au total, cette réforme contribuera à rétablir l'équilibre des forces, aujourd'hui très défavorable aux entreprises françaises.**

#### **2.1.4.4. Quel impact sur la transparence des entreprises ?**

Il existe depuis de nombreuses années un mouvement général de transparence des entreprises. En matière de corruption notamment, les entreprises sont désormais soumises depuis la loi Sapin 2 à des exigences légales de conformité très fortes avec la mise en œuvre d'actions de sensibilisation et de formation des managers et collaborateurs, d'établissement de cartographie des risques ou encore de mise en œuvre de contrôle et d'alerte interne.

En aucun cas, l'introduction du droit à la protection des avis juridiques et l'institution de l'avocat en entreprise ne reviennent sur ce mouvement irréversible vers une meilleure gouvernance des entreprises. Bien au contraire, il ressort très clairement des auditions de la mission que cette réforme favorisera - dans le prolongement de la loi Sapin 2 - à la fois la place du droit dans les décisions managériales et la conformité des entreprises françaises à la règle de droit, et aura *in fine* un effet vertueux.

En effet, la protection de la confidentialité des avis juridiques va inmanquablement favoriser la réflexion juridique au sein de l'entreprise et créer un champ de confiance qui permettra de détecter en amont des éventuels faits/comportements de nature à enfreindre les lois et bonnes pratiques. En cela, elle ne s'opposera pas à la transparence, mais au contraire, la complètera.

#### **2.1.4.5. Quel impact sur l'indépendance des avocats ?**

Certains opposants à l'introduction de l'avocat en entreprise ont avancé, à l'occasion de tentatives de réforme antérieures, l'argument selon lequel le statut d'avocat en entreprise serait une atteinte à son indépendance, alors même que ce principe est au fondement de l'exercice et du serment de l'avocat<sup>96</sup>. Pour ces opposants, envisager qu'un avocat soit lié par un contrat de travail à une entreprise est inconcevable, car le contrat de travail, dans sa définition même, implique un lien de subordination.

À la lumière des investigations de la mission, cette opposition de principe semble néanmoins relever de l'ordre du symbolique et devrait pouvoir être aisément surmontée. Il est en effet communément admis que la notion d'indépendance est divisible. Ce qui caractérise l'exercice de la profession, c'est l'indépendance intellectuelle ou technique. Il en découle que l'exercice de la profession d'avocat n'est pas incompatible avec le salariat, et la subordination juridique qui s'en suit, qui impacte uniquement les conditions de travail et non l'exercice de son art. Il y a lieu de ne pas confondre ces deux notions<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ».

<sup>97</sup> Voir page 17 du rapport de Marc Guillaume sur « le rapprochement entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise », 2004.

D'ailleurs, le salariat de l'avocat, autrefois jugé impossible par la profession, est désormais bien installé depuis 1991, sans que la question de l'indépendance n'y fasse obstacle. Dans le cadre de la réforme proposée, la préservation de l'indépendance technique et de l'éthique professionnelle sera garantie par un encadrement contractuel d'ordre public, avec notamment un contrôle effectif du Bâtonnier sur les questions déontologiques.

Enfin, l'application du principe de l'indépendance de l'avocat est d'ores et déjà toute relative. Il faut ainsi souligner qu'en pratique il existe déjà chez les avocats libéraux une vraie dépendance économique envers certains de leurs clients, notamment lorsqu'un client représente une part significative de l'activité ou lorsque la clientèle est principalement institutionnelle et que le montant des honoraires leur est imposé. Il en est de même pour les avocats collaborateurs libéraux<sup>98</sup>, qui sont de fait dans une situation de subordination envers leurs « patron » (l'avocat associé) et perçoivent une rémunération sous forme de rétrocessions d'honoraires, qui s'apparentent fortement à du salariat déguisé.

Il en résulte que la réforme proposée n'est pas incompatible avec le respect du principe d'indépendance de l'avocat. Cette réforme, loin d'affaiblir une profession confrontée à de nombreux défis<sup>99</sup>, offrira de nouvelles perspectives de mobilité professionnelle aux 70.000 avocats en exercice.

En outre, le nouveau droit à la protection ne bénéficiera évidemment pas exclusivement aux entreprises, mais à l'ensemble des clients des avocats exerçant en cabinet. La réforme proposée conduira ainsi incontestablement à l'affermissement du rôle et de la place de l'avocat, et au renforcement de notre État de droit.

## **2.2. Proposition n°2 : actualiser, moderniser et renforcer certains aspects de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères**

Il convient de doter la France d'une législation lui permettant de faire face de manière effective aux manœuvres potentiellement abusives d'autorités étrangères qui demandent directement des informations aux entreprises françaises sans passer par les canaux de la coopération internationale, prévus par les Traités, conventions ou accords multilatéraux et/ou bilatéraux conclus par la France.

Il convient également de doter les entreprises françaises qui font face à des demandes d'informations sensibles ou confidentielles par des autorités ou parties étrangères d'outils juridiques et de moyens de défense leur permettant de remplir leurs obligations en veillant à ce que leurs droits, découlant là aussi des Traités, conventions ou accords multilatéraux et/ou bilatéraux, soient scrupuleusement respectés.

À cet effet, la mission propose d'actualiser, moderniser et renforcer certains aspects de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

---

<sup>98</sup> 29% des avocats, principalement des jeunes, exercent aujourd'hui comme collaborateurs. Source : Conseil National des Barreaux (CNB).

<sup>99</sup> Voir Rapport de Kami HAERI sur l'avenir de la profession d'avocat, 2017 : « *La profession est confrontée aujourd'hui à la somme de tous les défis : morosité économique, paupérisation d'une partie de son effectif, concurrence mondialisée, intelligence artificielle, apparition d'une sous-traitance de plus en plus sophistiquée, transformation de certains de ses savoir-faire en commodités. Elle est concurrencée à ses frontières par d'autres professions, mais également par de nouvelles propositions et de nouvelles offres, formulées par des entreprises souvent plus audacieuses, parfois moins scrupuleuses. C'est donc vers une conduite du changement qu'il faut désormais concentrer nos efforts.* »

Dans le but de la rendre pleinement effective et de parer certaines critiques, la loi de 1968 nécessite aujourd'hui quelques ajustements, notamment dans six directions :

- s'assurer qu'un service de l'État est bien désigné pour traiter de l'obligation de déclaration prévue à l'article 2 (le SISSE) et introduire une sanction pénale du manquement à l'obligation de déclaration ;
- augmenter la sanction pénale prévue à l'article 3 de la loi de 1968, sanction perçue comme trop symbolique et dont le montant dérisoire nuit parfois à la crédibilité du dispositif ;
- aménager un véritable parcours d'accompagnement de l'entreprise déclarante par le service récipiendaire de la déclaration (le SISSE) ;
- créer des règles spécifiques encadrant l'exercice en France du *monitoring* d'une entreprise française lorsqu'il est décidé par un jugement étranger ;
- s'assurer que la loi de 1968 ne s'oppose pas à la bonne coopération internationale des autorités françaises avec leurs homologues à l'étranger ni à la mise en œuvre des conventions signées par la France ;
- enfin, il serait bon, pour une meilleure reconnaissance de cette loi, de la codifier dans le Code pénal.

### **2.2.1. S'assurer qu'un service de l'État est bien désigné pour traiter de l'obligation de déclaration prévue à l'article 2 (le SISSE) et introduire une sanction des manquements à l'obligation de déclaration**

À ce jour, l'article 2 de la loi de 1968 précitée dispose : « les personnes visées aux articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis sont tenues d'informer sans délai le ministre compétent lorsqu'elles se trouvent saisies de toute demande concernant de telles communications. » Les auditions de la mission ont permis d'identifier deux problèmes dans la mise en œuvre de cette obligation :

- aucun service de l'État ne centralise de manière effective ni ne traite les informations reçues des entreprises sur le fondement de l'article 2 ;
- le manquement à l'obligation d'information prévue à l'article 2 n'est pas sanctionné.

Sur le premier point, le ministère des Affaires étrangères a été chargé de la mise en œuvre de cette disposition. Cependant, à ce jour, aucun service de l'État n'a été clairement mandaté pour recevoir, collecter et traiter les signalements effectués sur le fondement de l'article 2.

Le ministère des Affaires étrangères ne semble plus considérer que cette mission soit de son ressort. Par ailleurs, il ressort des auditions de la mission que les entreprises concernées seraient favorables à ce qu'un service administratif de l'État ressortissant de la sphère économique et financière soit mandaté à cet effet, avec en sus une mission d'accompagnement des entreprises visées (*cf. infra*).

La mission propose que le Service de l'Information Stratégique et de la Sécurité Économiques (SISSE), relevant du ministre de l'Économie, soit désigné par décret comme l'autorité chargée de recevoir et traiter ces informations.

Dans la loi de 1968 précitée, un article 2 bis nouveau pourrait être créé, avec la rédaction suivante :

*« Un service à compétence nationale reçoit, analyse et traite les signalements effectués en vertu de l'article 2 de la présente loi. Il est composé d'agents spécialement habilités par le ministre chargé de l'économie. Les conditions de cette habilitation ainsi que l'organisation et les modalités de fonctionnement de ce service sont définies par décret. »*

Sur le second point, une sanction du défaut de respect de l'obligation d'information pourrait être créée, via un article 2 ter nouveau de la loi de 1968 précitée, avec la rédaction suivante :

*« Le manquement à l'obligation d'information prévue à l'article 2 de la présente loi est sanctionné d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 50 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »*

Pour assurer le bon traitement des déclarations reçues des entreprises sollicitées, le SISSE devra se transformer à la fois en termes de profils de ses personnels, mais aussi en termes d'ouverture aux autres administrations concernées. Il devra notamment prévoir de :

- créer une cellule en son sein chargée du traitement de ces dossiers ;
- recruter les personnels ayant un profil adapté à la réalisation de ce genre de mission ;
- se positionner comme l'animateur d'un réseau interministériel, faisant appel de manière systématique, proactive et coopérative à l'expertise des ministères et administrations techniques compétents (Justice, Intérieur, Défense, Énergie, DG Trésor, DGE, etc.) pour traiter, au cas par cas, de manière efficace les dossiers reçus.

### **2.2.2. Aggraver la sanction prévue à l'article 3 de la loi de 1968, sanction perçue comme trop symbolique et dont le montant dérisoire nuit à la crédibilité du dispositif**

Les sanctions prévues à l'article 3 pour le manquement aux interdictions des articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis de la loi de 1968 précitée sont unanimement considérées comme insuffisantes. Le quantum de peine (6 mois de prison) et le montant maximum de la sanction financière encourue (18 000 euros d'amende) apparaissent dérisoires au regard des réalités économiques et des enjeux (chiffrés à plusieurs centaines de millions d'euros, voire plusieurs milliards) auxquels sont confrontées les entreprises françaises qui font l'objet de demandes d'informations ou de transmission de documents de la part d'autorités administratives ou judiciaires étrangères.

Le caractère dérisoire des sanctions encourues a été signalé à la mission par de nombreux juristes ou cabinets d'avocats comme un des éléments qui, aujourd'hui, nuit à la crédibilité de la loi de 1968 aux yeux des autorités étrangères, notamment américaines. En effet, ces dernières pour analyser la légitimité de l'excuse légale que pourrait invoquer l'entreprise française qui refuse de faire droit à une demande d'information ou de transmission de documents, examinent la réalité de la sanction encourue par l'entreprise dans son propre pays avec deux critères principaux : le montant de la sanction et son caractère effectif (les sanctions déjà prononcées dans le passé).

Il est donc nécessaire de revoir les sanctions encourues pour manquement aux interdictions prévues aux articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis de la loi de 1968 précitée. La mission propose de réviser l'article 3, avec la rédaction suivante :

*« Sans préjudice des peines plus lourdes prévues par la loi, toute infraction aux dispositions des articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis de la présente loi sera punie d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 2 millions d'euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »*

Compte tenu de l'article 131-38 du Code pénal, la peine encourue par les personnes morales sera égale au quintuple de l'amende prévue, soit 10 millions d'euros.

### **2.2.3. Aménager un parcours d'accompagnement de l'entreprise déclarante par le service récipiendaire de la déclaration (le SISSE)**

Les audits de la mission ont permis de mettre en lumière le besoin qu'éprouvent les entreprises françaises d'être accompagnées par l'État et de pouvoir bénéficier de son soutien et/ou de ses conseils lorsqu'elles sont sollicitées directement par une autorité administrative ou judiciaire étrangère, ou par une partie étrangère dans le cadre d'une procédure civile.

Afin d'être en mesure de répondre à ce besoin d'accompagnement, il semble nécessaire de mettre en place un mécanisme de dialogue entre ces entreprises et un service de l'État spécialement mandaté et équipé pour cette mission.

La mission propose de mandater pour ce faire, le même service administratif que celui chargé de recevoir les déclarations en provenance des entreprises, à savoir le SISSE du ministère de l'Économie. Dans ce rôle, la fonction du SISSE consisterait à :

- discuter avec l'entreprise de la situation et l'éclairer sur les risques encourus ;
- évaluer la portée des informations confidentielles susceptibles d'être demandées par l'autorité ou la partie étrangère ;
- rappeler à l'entreprise les dispositions de la loi française (loi de 1968 notamment) et engager un dialogue avec elle sur la conduite à tenir.

Il conviendrait également de prévoir la possibilité pour le SISSE de communiquer avec l'autorité ou la partie étrangère demandant les informations susmentionnées, aux fins de lui rappeler :

- les termes de la loi de 1968 (notamment les sanctions pénales encourues par l'entreprise française en cas de communication d'informations entrant dans le champ de la loi de coopération) ;
- les règles suivies en matière de demande d'informations et les canaux appropriés qu'elle doit utiliser à cette fin (entraide civile sur le fondement de la Convention de La Haye, entraide pénale, demande de coopération à une autorité administrative).

#### **2.2.4. Créer des règles spécifiques encadrant l'exercice en France du « *monitoring* » d'une entreprise française lorsqu'il est décidé par un jugement étranger**

Actuellement, la loi de 1968 ne protège pas les éléments transmis par une entreprise française ou un cabinet de consultant extérieur dans le cadre d'un « *monitoring* » ordonné dans une décision de justice étrangère, la loi de 1968 ne s'intéressant qu'aux documents ou renseignements tendant à la constitution de preuves, en vue de procédures judiciaires ou administratives<sup>100</sup>.

Aussi, afin de parer les risques de violation de la souveraineté française opérée par la mise en place en France de moniteurs nommés par des autorités judiciaires ou administratives étrangères et travaillant à leur service, il convient de prévoir une disposition législative nouvelle et spécifique.

L'idée générale consisterait à associer pleinement et systématiquement une autorité française compétente à la mise en place d'un *monitoring* en France suite à une décision administrative ou judiciaire étrangère. L'autorité française compétente devra être l'homologue, en France, de l'autorité étrangère. Elle devra dès lors :

- participer à la définition du champ couvert par ce *monitoring* ;
- participer au choix du moniteur et des cabinets de consultants ayant à participer aux investigations ;
- être destinataire de tous les documents et rapports du moniteur, au même titre que l'autorité étrangère.

Faute de respect de ces conditions, les moniteurs mandatés en France par une autorité étrangère seront passibles des sanctions prévues à l'article 3 de la loi de 1968 modifiée.

---

<sup>100</sup> 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, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci.

De même, un processus d'agrément ou d'homologation des cabinets d'experts et de consultants intervenant dans les mécanismes de « *monitoring* » portant sur des entreprises ayant reçu la qualification d'Opérateur d'Importance Vitale (OIV<sup>101</sup>) pourrait être utilement créé, de façon à vérifier sur la base de critères objectifs à la fois l'honorabilité, le déroulé de carrière et l'absence de conflit d'intérêts des individus concernés comme du cabinet dont ils relèvent. Cette vérification pourrait faire appel aux compétences des services français de renseignement, notamment de la Direction Générale de la Sécurité Intérieure (DGSI). Cette mesure devrait également nécessairement s'appliquer aux enquêtes internes diligentées par des autorités étrangères.

### **2.2.5. S'assurer que la loi de 1968 ne s'oppose pas à la bonne coopération internationale des autorités françaises avec leurs homologues à l'étranger ni à la mise en œuvre des conventions signées par la France**

Les audits de la mission ont permis de recenser deux types d'inquiétudes :

- l'inquiétude exprimée par les services de l'OCDE, pointant du doigt l'image parfois négative de la loi de 1968 et la crainte exprimée dans le passé par le groupe de l'OCDE sur la corruption active d'agents publics étrangers que ses dispositions puissent être utilisées pour contourner la lettre de la convention ;
- l'inquiétude exprimée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) que les « accords » visés aux articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis ne couvrent pas les accords conclus par l'AMF avec ses homologues sur la base du « *memorandum of understanding* » de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV).

**Les membres de la mission pensent que ces inquiétudes sont exagérées.** Cependant, afin de s'assurer sans l'ombre d'un doute que la loi de 1968 précitée ne puisse pas être interprétée, à tort, comme créant des obstacles indus ou illégitimes à la bonne coopération internationale des autorités françaises avec leurs homologues étrangères, ni à la mise en œuvre des dispositions de la convention de l'OCDE de 1997, il pourrait être apporté deux précisions au texte actuel :

- viser explicitement la convention OCDE dans les « traités » mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> et à l'article 1<sup>er</sup> bis de la loi ;
- et viser explicitement les accords bilatéraux conclus entre autorités de régulation (ACPR et l'AMF notamment).

L'article 1<sup>er</sup> pourrait être introduit par les mots suivants :

*« Sous réserve des traités, conventions, notamment la convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, et accords internationaux, notamment les accords conclus par l'Autorité de contrôle prudentielle et l'Autorité des marchés financiers en application de l'article L 632-7 du Code monétaire et financier, il est interdit [...]. »*

Et l'article 1<sup>er</sup> bis pourrait être introduit par les mots suivants :

*« Sous réserve des traités, conventions, notamment la convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, et accords internationaux, notamment les accords conclus par l'Autorité de contrôle prudentielle et l'Autorité des marchés financiers en application de l'article L 632-7 du Code monétaire et financier, et des lois et règlements en vigueur, il est interdit [...]. »*

---

<sup>101</sup> Un opérateur d'importance vitale (OIV) est, au regard de l'article R. 1332-1 du Code de la Défense, une organisation identifiée par l'État comme ayant des activités indispensables pour le pays.

### **2.3. Proposition n°3 : créer une sanction administrative destinée à sanctionner la transmission d'informations et de données numériques de personnes morales par des fournisseurs de services de communications électroniques à des autorités judiciaires ou administratives étrangères relatives à des personnes physiques ou morales françaises ou résident en France**

La menace que pose le « *Cloud Act* » sur la protection de la confidentialité des données non personnelles des personnes morales françaises est particulièrement lourde. En effet, contrairement aux données personnelles, qui sont protégées par le RGPD, les données des personnes morales ne sont pas protégées de manière efficace et spécifique.

Certes, on peut considérer que la loi de 1968 s'applique d'ores et déjà à la transmission de données numériques non personnelles relatives à des personnes morales françaises à des autorités ou entités étrangères. Mais, le texte n'est pas explicite en la matière, ce qui pourrait faire peser un risque sur la légalité de la sanction pénale prévue, qui elle-même n'est ni suffisante, ni crédible, ni dissuasive pour les entités potentiellement concernées (les grands hébergeurs de données numériques, les GAFAM notamment).

À ce jour, les données numériques des personnes morales françaises ne sont pas protégées contre leur transmission par les hébergeurs de données numériques à des autorités étrangères sans passer par les canaux de la coopération administrative ou judiciaire : il n'y a donc aucune protection effective contre le « *Cloud Act* ».

En tout état de cause, la sanction prévue par la loi de 1968 n'est pas suffisamment dissuasive pour les fournisseurs de services concernés (même renforcée comme proposé dans la proposition n°2).

Aussi, la mission propose de créer un dispositif spécifique comprenant :

- ◆ une interdiction de transmettre les données hors entraide judiciaire ou administrative ;
- ◆ une sanction administrative dissuasive ;
- ◆ une autorité compétente.

Cette protection conférée aux données des personnes morales ne contreviendrait pas au mouvement plus général de « *data sharing business to government* », qui s'inscrit dans une logique de partage de données à des fins d'intérêt général.

Cette proposition doit être envisagée en conjonction avec d'autres outils, à l'initiative des entreprises, permettant de mieux protéger les données sensibles des personnes morales : la généralisation du cryptage des données paraît à cet égard une piste prometteuse qu'il convient de promouvoir auprès des entreprises françaises, même si les progrès de l'informatique quantique pourraient, dans un futur proche, apporter des limites à son efficacité.

De même, la mission considère que **cette proposition ne nous épargne pas le besoin d'une réflexion approfondie et à haut niveau sur la nécessité de créer les conditions pour que des acteurs français et/ou européens du stockage de données numériques puissent émerger.**

L'échec des tentatives initiées au début de la décennie de créer un *Cloud* souverain ne doit pas nous amener à renoncer à l'objectif fondamental de favoriser par tous les moyens possibles l'émergence d'acteurs français ou européens de taille pertinente dans ce domaine. Une mission parlementaire sur le sujet serait probablement un bon aiguillon de la réflexion à cet égard.



### **2.3.1. Une interdiction de transmettre les données des personnes morales à des autorités étrangères sans passer par l'entraide**

Sur le modèle de la loi de 1968, la mission propose de créer par la loi une interdiction pour tout fournisseur de services de stockage de données ou fournisseur de services de traitement de données de transmettre des données numériques relatives à des personnes morales françaises directement à des autorités étrangères, en réponse à une demande, une décision administrative ou une décision de justice ou spontanément, sans passer par les canaux de la coopération administrative ou judiciaire et/ou sans y avoir été autorisé par les autorités administratives ou judiciaires françaises compétentes.

Cette mesure est une forme d'extension des dispositions du RGPD aux données des personnes morales. La mission a pu constater lors de sa visite aux États-Unis à quel point l'impact du RGPD semble fort, à la fois auprès des opérateurs de marché américains qu'auprès de l'administration.

### **2.3.2. Une sanction administrative dissuasive**

La mission propose de sanctionner les contrevenants à l'interdiction prévue ci-dessus d'une sanction administrative d'un montant maximal de 20 millions d'euros, ou dans le cas d'une entreprise, de 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'entreprise à son exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

Cette sanction est similaire à celle prévue à l'article 83 - 5 du RGPD.

Cette sanction devra prendre en compte différents critères d'appréciation, tels que :

- le dommage causé à l'économie ;
- la nature des informations transmises ;
- la gravité et la fréquence de la violation ;
- les antécédents.

### **2.3.3. Une autorité administrative compétente : l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP)**

La mission a examiné les différentes possibilités d'attribution de cette nouvelle compétence à une Autorité Administrative Indépendante (AAI), qui soit dotée des organes et des procédures permettant le respect des principes d'un procès équitable. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) et l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI) ont été envisagées et écartées :

- ◆ la CNIL, en raison d'une culture et d'un mandat historiquement centré sur la protection des données personnelles des personnes physiques ;
- ◆ l'ANSSI, en raison de l'absence complète à ce stade de pouvoir de sanction dans ses compétences.

**Aussi, la mission propose de confier cette nouvelle mission à l'ARCEP**, qui a été créée le 5 janvier 1997, sous le nom d'Autorité de Régulation des Télécoms (ART), pour accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications, l'émergence de nouveaux acteurs et le déploiement de la téléphonie mobile, de l'internet fixe et mobile, des nouveaux réseaux fixes (fibre optique) et mobiles (2G, 3G, puis 4G).

Le législateur européen a imposé l'intervention d'une autorité administrative, indépendante des entreprises comme du Gouvernement, pour assurer le bon développement de ces réseaux.

L'ARCEP s'est ainsi vu confier de nouvelles missions : aménagement numérique des territoires en 2004, régulation du secteur postal en 2005, protection de la neutralité en 2015, loi pour une République numérique en 2016.

L'ARCEP conçoit sa mission comme étant celle d'un « arbitre et un expert neutre, architecte et gardien des réseaux d'échanges en France. » Elle est d'ores et déjà dotée d'un pouvoir de réglementation (elle définit la réglementation applicable aux opérateurs), d'édiction de droit souple, d'attribution (par exemple de fréquences), de contrôle (par exemple du financement et de la fourniture du service universel), mais aussi d'un pouvoir d'enquête, de règlement des différends et de sanction.

L'ARCEP est une AAI qui assure la régulation des secteurs des communications électroniques et des postes, au nom de l'État, mais en toute indépendance par rapport au pouvoir politique et aux acteurs économiques. L'ARCEP est composée d'un collège de sept membres, nommés par différentes autorités politiques, en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes et de l'économie des territoires :

- ◆ Le Président de la République nomme le président de l'ARCEP ainsi que deux autres membres.
- ◆ Le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat nomment chacun deux membres.

Les membres du collège sont désignés pour six ans et disposent d'un mandat qui n'est ni révocable ni renouvelable. Ils sont également soumis à un régime d'incompatibilité des fonctions et à des obligations déontologiques. Les services de l'ARCEP (170 agents) assistent le collège dans l'exercice de ses missions.

Trois formations du collège sont prévues par la loi :

- ◆ **La formation plénière** comprend les sept membres du collège. Elle délibère sur l'ensemble des décisions et avis, à l'exception des décisions pour lesquelles la loi a expressément prévu que l'une ou l'autre des autres formations de l'Autorité était compétente.
- ◆ **La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction** (dite « RDPI »), est composée de quatre des sept membres de l'Autorité, dont le président. Elle statue sur les décisions en matière d'enquête et de règlement des différends, ainsi que sur les décisions ayant trait à l'exercice des poursuites dans le cadre de la procédure de sanction.
- ◆ **La formation restreinte** comprend les trois membres les plus récemment nommés à l'exception du Président. Elle délibère sur les décisions de sanction ou de non-sanction.

Aujourd'hui la procédure de sanction de l'ARCEP a une vocation réparatrice pour le futur : l'ARCEP procède en deux étapes, en premier lieu une mise en demeure accompagnée de mesures correctrices à mettre en œuvre dans un délai raisonnable, puis, en second lieu, des sanctions administratives, dont peu ont été prononcées à ce stade.

Bien évidemment, la compétence nouvelle qui serait conférée à l'ARCEP nécessiterait la mise en place d'une procédure spécifique, différente de la procédure actuelle, ainsi qu'une montée en compétence non négligeable de ses personnels (une petite dizaine de recrutements seront probablement à prévoir).

Compte tenu de ses prérogatives actuelles, l'autosaisine sera nécessairement très limitée, aussi il conviendra de prévoir des modalités de saisine de l'ARCEP par des parties ou administrations extérieures : (i) une entreprise victime, ou (ii) une autorité administrative ou judiciaire (comme le SISSE, l'ANSSI, un parquet, une autorité centrale de coopération internationale ou une autorité administrative telle l'AMF ou autre).

Il conviendra également de prévoir une prescription spécifique, plus longue que la prescription actuelle de trois ans et/ou au point de départ adapté, en raison de la probabilité forte d'une découverte de tels faits postérieurement au déroulement d'une procédure judiciaire aux États-Unis.

Au total, l'ARCEP semble l'autorité administrative idoine à laquelle confier cette nouvelle mission : elle est dotée à la fois de l'expertise technique, de la culture professionnelle et des procédures internes lui permettant de prendre en charge cette nouvelle mission et ces nouvelles responsabilités et compétences, sans que cela nuise d'une quelconque manière à l'accomplissement de ses missions actuelles.

#### **2.4. Proposition n°4 : élaborer une doctrine nationale relative aux « intérêts économiques essentiels de la France » (tels qu'énoncés dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 68), et préciser les modalités du contrôle de la transmission des pièces en matière d'entraide judiciaire pénale, civile et administrative.**

La mission propose de lancer, sous l'égide du SISSE, des travaux interministériels visant à élaborer une doctrine nationale relative aux intérêts protégés par la loi de 1968, notamment dans ses articles 1<sup>er</sup> et 1<sup>er</sup> bis. Il conviendra notamment que ces travaux permettent de définir le champ d'application de la notion « d'intérêts économiques essentiels ».

La mission souligne l'urgence à traiter ce sujet et suggère que ces travaux soient conduits rapidement afin d'aboutir à l'élaboration d'un document finalisé avant la fin de l'année 2019.

##### **2.4.1. Une doctrine claire relative aux intérêts essentiels protégés permettra aux différentes administrations concernées d'utiliser un référentiel commun d'identification des documents protégés dans la mise en œuvre de leurs prérogatives de coopération internationale**

Il ressort des auditions de la mission que les autorités en charge de la coopération internationale sont peu averties du sujet de la transmission de documents ou données confidentielles de nature économique ou financière, de ses implications et de ses conséquences pour les entreprises et l'économie française.

De nombreuses administrations rencontrées, y compris au sein de l'appareil judiciaire, ont semblé peu au fait de ce sujet, incertaines quant à l'état du droit voire ont émis des doutes sur leur rôle et compétence en la matière.

La mission redoute que de nombreux circuits de coopération internationale soient à ce jour insuffisamment sécurisés voire pas sécurisés du tout.

De fait, la mission constate qu'il n'existe pas à ce jour de document de référence partagé permettant aux différents acteurs de la coopération internationale, qu'elle soit judiciaire ou administrative, d'appliquer les mêmes critères lorsqu'ils sélectionnent les documents qui doivent être protégés au nom de la protection des intérêts essentiels de la France.

De fait, de nombreuses administrations, y compris les services d'entraide judiciaire (l'autorité centrale en matière d'entraide pénale et civile), mais aussi les services et autorités administratives ayant des compétences en matière de coopération internationale (l'Autorité des marchés financiers notamment) n'opèrent pas de sélection approfondie dans les documents transmis aux autorités étrangères : au mieux, seuls les éléments susceptibles de relever de la sécurité nationale, de la défense nationale, voire de la protection de l'ordre public sont filtrés dans les réponses aux demandes d'entraide, avant envoi aux autorités étrangères.

De nombreux interlocuteurs de la mission nous ont néanmoins informés que les filtres, notamment qualitatifs, sur les données demandées ne sont pas réalisés de manière systématique avant transmission, notamment lorsque les demandes d'entraide judiciaire ou d'assistance administrative impliquent le transfert d'un volume important de données numériques.

Il convient de noter à cet égard que la plupart des autorités administratives ou judiciaires rencontrées ont informé la mission qu'elles ne sont pas dotées des outils technologiques permettant de passer au filtre des volumes importants de données numériques. Il conviendrait de combler ce manque de ressources techniques de manière urgente.

Au total, cette doctrine devra permettre de définir aussi précisément que possible :

- le champ des intérêts protégés par la loi de 1968 et par les traités d'entraide, notamment par l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1968 ;
- le champ d'application de la notion « d'intérêts économiques essentiels » ;
- le champ des informations qui peuvent/doivent être transmises sans difficulté à un régulateur étranger dans l'exercice de ses prérogatives ;
- enfin, elle devra permettre de donner un sens précis et partagé aux mots « souveraineté et [...] sécurité » de l'article 12 de la Convention de La Haye : l'utilisation de ces motifs légitimes de refus d'exécuter une commission rogatoire en matière civile doit être sécurisée juridiquement, rester conforme à la Convention et permettre de protéger de manière effective les différents secrets légitimes (notamment le secret de la défense nationale, mais aussi les secrets professionnels).

Outre l'élaboration de cette doctrine, il conviendra également de prévoir, dans les textes régissant les procédures de coopération internationale des autorités concernées (que ce soient les autorités centrales de coopération internationale du ministère de la Justice, au pénal comme au civil, et les autorités administratives dans le cadre de leur mission de coopération internationale), que ces autorités devront demander un avis préalable au SISSE avant transmission de tout élément d'information susceptible de « porter atteinte à la souveraineté à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ».

#### **2.4.2. Il conviendra d'élaborer cette doctrine en associant l'ensemble des administrations concernées, y compris les autorités administratives indépendantes**

La mission propose que le SISSE soit le maître d'œuvre de l'élaboration de cette doctrine nationale. Il devra pour ce faire, conduire un travail de concertation interministérielle et inter-administrations très approfondi. Il est en effet incontournable et nécessaire de bien associer à ces travaux à la fois les principaux ministères compétents (Économie et Finances, Comptes Publics, Justice, Affaires étrangères, Intérieur, Défense), mais aussi l'ensemble des AAI concernées, notamment l'AMF et l'Autorité de la Concurrence.

La bonne association de toutes les autorités compétentes est la condition d'une meilleure prise en compte par toutes les administrations de l'impératif de protection des informations confidentielles des entreprises françaises. Les travaux d'élaboration de la doctrine permettront également d'identifier les besoins éventuels de modification de la législation française, notamment les règles applicables aux différentes AAI.

Le SISSE devra consulter les organisations internationales en charge de la mise en œuvre et/ou du suivi des différentes conventions internationales dont la France est partie (OCDE, La Haye). Une fois élaborée, la doctrine nationale devra être validée par arrêté conjoint des ministres de l'Économie, de la Justice et des Affaires étrangères.

## **2.5. Proposition n°5 : assurer une meilleure lisibilité de la politique pénale du parquet en matière de mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)**

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 a facilité la poursuite, en France, les faits de corruption et de trafic d'influence. En créant la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP), elle permet, en effet, aux autorités judiciaires françaises d'instruire et de sanctionner ces faits de façon effective et rapide, en se dispensant d'une enquête complexe, longue et aléatoire, qui aboutissait le plus souvent à de très faibles et tardives condamnations<sup>102</sup>. Ce nouvel arsenal législatif doit permettre de voir les infractions de corruption commises par les entreprises françaises traitées plus aisément par nos autorités judiciaires, et non plus seulement par les autorités américaines, comme ce fut le cas au cours de la dernière décennie.

### **Il ressort néanmoins des auditions de la mission qu'une meilleure lisibilité du dispositif permettrait d'en augmenter l'usage et l'effectivité.**

La loi du 9 décembre 2016 a fait l'objet d'une circulaire en date du 31 janvier 2018 qui s'est concentrée sur la négociation de la sanction, à savoir, l'amende et le programme de mise en conformité, et n'a pas abordé le volet facilitation de l'enquête.

Cette approche centrée sur la sanction a conduit à encadrer strictement le recours à la CJIP, la circulaire indiquant que l'opportunité de la mise en œuvre d'une CJIP est appréciée au regard des antécédents, de la révélation volontaire des faits et du degré de coopération avec les autorités judiciaires. Cette orientation a pour conséquence de limiter le recours à la CJIP, contrairement à l'esprit qui avait présidé à l'élaboration de la loi<sup>103</sup>.

Par ailleurs, la culture de la transaction avec les autorités judiciaires n'étant pas encore ancrée en France, comme elle peut l'être dans les pays de *Common Law*, l'effectivité de la CJIP, nécessite une meilleure lisibilité de cette procédure pour les entreprises. Ce processus repose, en effet, sur la confiance réciproque des parties et la participation active des entreprises à l'enquête.

Dans le même temps, il convient que les entreprises soient éclairées sur le déroulement et les conséquences possibles de cette procédure. Cette prévisibilité participe nécessairement au caractère attractif de la procédure pour les entreprises, notamment pour celles qui souhaiteraient dénoncer des faits (par exemple, à l'occasion d'un changement de direction). À cet égard,

- aucune information n'est fournie aux entreprises sur les modalités de l'enquête, leurs obligations dans le cadre de cette enquête, la sanction de ces obligations, sa durée ou encore son coût ;
- aucune indication non plus n'est donnée sur les issues possibles de cette enquête, pour elles-mêmes comme pour leurs dirigeants et collaborateurs, notamment en termes de sanction, d'indemnisation des victimes ou encore de *monitoring* ;
- enfin, la prise en compte de la dénonciation des faits par les entreprises ou de leur contribution active et de bonne foi aux enquêtes, dans la fixation de l'amende, n'est pas précisée.

La mise en place d'une telle information apparaît indispensable pour assurer une pleine effectivité de la CJIP.

Aussi, la mission propose qu'une circulaire du Garde des Sceaux soit rédigée et rendue publique sur la CJIP avec deux messages principaux :

---

<sup>102</sup> Publication du décret d'application n° 2017-660 concernant la CJIP le 27 avril 2017.

<sup>103</sup> Rapports de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale et du Sénat.

- ◆ **Un message à destination des procureurs**, leur demandant d'utiliser plus systématiquement l'outil de la CJIP, qui permet à la fois de faciliter les enquêtes, de sanctionner rapidement les faits délictueux et le cas échéant, d'indemniser tout aussi rapidement les victimes, et clarifiant les modalités de l'enquête en cas de CJIP, notamment le recours possible à une enquête interne.
- ◆ **Un message, à destination des entreprises**, visant à assurer une meilleure lisibilité de la CJIP en termes de procédure, de critères permettant de déterminer l'ampleur de la sanction (par exemple prise en compte de la dénonciation des faits par l'entreprise ou de la contribution active et de bonne foi à l'enquête) et d'incidences sur le traitement, en parallèle, de la situation du dirigeant (notamment les critères pris en compte pour décider des poursuites éventuelles contre les dirigeants).

## **2.6. Propositions n°6 et 7 : renforcer le multilatéralisme sur l'extraterritorialité par deux initiatives françaises auprès de la Cour Internationale de Justice (CIJ) et de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (OCDE)**

Le développement des lois et des procédures à portée extraterritoriales place les entreprises dans une insécurité juridique en multipliant les conflits de loi et le risque de décisions contradictoires à leur égard. Il présente en outre, un coût certain pour les entreprises et l'économie. La théorie des compétences, qui encadre cet unilatéralisme, atteint ses limites face à la guerre économique que se livrent les États.

Eu égard à l'opposition de vues des États sur le sujet et aux besoins de régulation de l'économie mondiale, il convient de traiter ces questions au niveau multilatéral, non seulement afin de rendre effectifs les mécanismes de règlement des conflits existants, lorsqu'ils sont prévus par les traités, mais aussi d'apporter une réponse juridique aux questions restant en suspens.

### **2.6.1. Proposition n°6 : saisir pour avis la Cour Internationale de Justice afin de fixer l'état du droit international sur l'extraterritorialité**

La réintroduction de toutes les sanctions américaines à l'égard de l'Iran, qui avaient été levées ou suspendues dans le cadre de la mise en œuvre du plan d'action global commun (« JCPOA »), à la suite de la sortie complète des États-Unis, pose une véritable question sur les limites de l'usage de cet outil diplomatique qui tend à se répandre.

La sanction secondaire résultant du rétablissement de ces sanctions, consiste en effet, à interdire les échanges commerciaux avec les États tiers qui commercent avec l'Iran ou le soutiennent, contrevenant ainsi au principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États.

Le rétablissement de ces sanctions n'a pas donné lieu cependant, à une saisine de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), comme cela avait été le cas, en 1996, au moment des lois « *Helms-Burton* » et « *d'Amato-Kennedy* ».

Il est peu probable qu'une volonté politique de l'Union européenne sur le sujet puisse émerger, eu égard à la division des États membres en la matière et au fait que l'ORD ne s'est jamais prononcé et que sa décision serait par conséquent, susceptible de fragiliser ses propres régimes de sanctions (Russie, Crimée, Venezuela, Syrie notamment). En outre, il y aurait un risque non négligeable que l'ORD valide les sanctions unilatérales au nom de la protection de la sécurité nationale, que les États-Unis ne manqueraient pas d'invoquer. Aussi, la piste de l'OMC ne semble pas prometteuse.

Néanmoins, afin que cette absence de réaction ne puisse valoir acquiescement, de telles sanctions étant susceptibles de déclencher des contremesures du même type, il apparaît souhaitable de fixer l'état du droit au niveau international.

La question de la conformité de ces sanctions économiques au droit international est en effet, complexe, car la frontière est parfois difficile à tracer entre la mesure licite et la mesure illicite, qui dépend entre autres, du titre de compétence utilisé, notamment de l'exception relative à la sécurité nationale et de l'ampleur de l'effet extraterritorial.

**La CIJ apparait l'instance la plus adaptée, de par son autorité et la portée de ses décisions et avis pour fixer l'état du droit international sur ce point.**

Elle pourrait être saisie, pour avis, sur la base de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et du Chapitre IV du Statut de la Cour. Cette procédure consultative, qui n'est pas ouverte aux États, mais aux seules organisations internationales (l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité des Nations Unies, mais aussi tout organe de l'ONU et toute institution spécialisée qui y auraient été autorisés par l'Assemblée générale - Article 96, § 2) serait initiée par l'Assemblée générale.

Aux termes de l'article 96 précité, l'Assemblée générale peut en effet, interroger la Cour sur « toute question juridique », tandis que les autres organes habilités ne peuvent la saisir que de « questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité ».

La demande d'avis résulte d'une résolution de l'Assemblée, adoptée à la majorité simple<sup>104</sup>.

Les avis consultatifs rendus jusqu'ici par la Cour ont porté aussi bien sur des « points de droit », que sur des questions en rapport avec une controverse interétatique.

Si l'avis consultatif de la CIJ ne possède pas de force obligatoire, il s'impose généralement en raison de son autorité morale et permet d'arrêter l'état du droit en vigueur. Cette saisine serait d'autant plus utile qu'à ce jour, la CIJ n'a jamais été saisie, dans le cadre de son office consultatif, de questions relatives aux régimes de sanctions et que les décisions rendues par la Cour dans le cadre d'affaires contentieuses ne fournissent pas d'indications utiles sur la question de l'extraterritorialité des sanctions.

En outre, elle permettrait de sécuriser juridiquement, d'éventuelles contremesures, en réaction aux régimes de sanctions. Il peut être souligné que les projets de résolution portant demande d'avis à la Cour sont généralement accueillis favorablement par une majorité de l'Assemblée générale, l'ensemble des projets de résolution mis au vote ayant été adoptés ces dernières années. S'agissant d'un acte politique fort, les États associés à cette saisine de la CIJ auront néanmoins, une importance majeure.

**2.6.2. Proposition n°7 : lancer une réflexion au niveau de l'OCDE sur les lois à effet extraterritorial**

L'extraterritorialité qui se développe de manière unilatérale soulève des questions juridiques majeures, auxquelles il n'a pas été apporté de solution à ce jour.

Elle crée des conflits de compétence, elle aboutit au contournement des traités d'entraide ou des accords de coopération internationale, elle exacerbe les difficultés résultant de la coexistence d'États de traditions juridiques différentes, elle empêche la reconnaissance mutuelle des décisions de justice et fait perdre toute effectivité à la règle *non bis in idem*, elle porte atteinte à la souveraineté des États, y compris en matière de compétence opérationnelle et aux données personnelles de leurs citoyens et entreprises. Bref, elle crée du désordre et des conflits au niveau international, et devient un obstacle à la croissance.

En l'absence de coordination des États sur les réponses à apporter à cette « guerre » juridico-économique, les citoyens comme les entreprises se trouvent soumis à la loi du plus fort et les États menacés dans leur stabilité économique.

---

<sup>104</sup> Article 18 de la Charte des Nations Unies : seules les questions importantes exigeant la majorité des deux tiers.

La mission propose que la France porte le débat sur l'extraterritorialité, son étendue et ses conséquences, au niveau de l'OCDE. L'OCDE est en effet une organisation qui a prouvé, par le passé, sa capacité à créer du consensus sur les sujets de gouvernance internationale, en lien avec sa mission fondamentale de promouvoir les politiques améliorant le bien-être économique et social dans le monde.

La maîtrise qu'a acquis l'OCDE des questions de lutte contre la corruption, contre les pratiques fiscales dommageables, de lutte contre le blanchiment de capitaux (via le GAFI), d'élaboration de standards internationalement reconnus dans de nombreux domaines économiques, et son expertise économique, juridique, sociale, font de cette institution l'enceinte idoine dans laquelle pourrait se forger un consensus sur les principes qui permettraient de mettre fin à cette course sans limites à l'arbitraire extraterritorial. La composition de l'OCDE, constituée de « *like-minded countries* », semble présenter un terrain plutôt favorable sur lequel un consensus pourrait se forger.

La France pourrait proposer à l'OCDE d'élaborer des recommandations qui traiteraient, notamment, des sujets suivants :

- les limites à apporter à l'extraterritorialité unilatérale ;
- les modalités de règlement des conflits de compétence ;
- la coopération internationale entre autorités de poursuite et les mécanismes d'entraide ;
- la reconnaissance mutuelle des décisions de justice et/ou d'autorités administratives.

## **2.7. Proposition n°8 : renforcer les outils européens de protection des entreprises européennes face aux demandes des autorités ou juridictions hors UE en élaborant une proposition française de révision du Règlement européen de blocage, afin d'en modifier le champ et d'étendre à l'échelle de l'Union européenne la protection offerte par la loi française de 1968**

La mission est convaincue que les outils proposés dans son rapport pour protéger les entreprises françaises seront efficaces. Elle est certaine néanmoins que cette efficacité ne sera ni absolue, ni sans défaut.

Au-delà de ces mesures nationales, la mission est persuadée que le seul moyen d'accroître l'efficacité de nos systèmes de défense contre les effets des mesures extraterritoriales est de les mettre en œuvre au niveau européen et non plus seulement au niveau national, niveau limité et insuffisamment pertinent, par définition s'agissant d'entreprises multinationales.

L'Europe a un rôle très important à jouer en matière de protection des entreprises européennes contre les mesures extraterritoriales venant de pays non membres de l'Union européenne. Aujourd'hui, les mesures auxquelles nos entreprises sont confrontées sont d'origine américaine. Quels que soient les reproches que l'on peut adresser aux États-Unis et quelle que soit l'instrumentalisation dont est l'objet le droit américain à des fins purement économiques, les États-Unis sont et demeurent un État de droit : quelle sera la situation demain si des États totalitaires ou autoritaires, dans lesquels l'État de droit est inexistant ou peu respecté, comme la Chine ou la Russie, en viennent à prendre des mesures extraterritoriales visant nos entreprises ?

Dans ce contexte, il paraît urgent de doter l'Union européenne, seul niveau pertinent de protection de nos entreprises face au reste du monde, des outils lui permettant d'agir de manière effective. Aussi la mission propose que la France élabore une proposition ambitieuse de réforme du principal outil européen existant à ce jour, à savoir le règlement de 1996.



Cette proposition doit aller dans trois directions : renforcer l'effectivité et l'impact des contre-mesures aux sanctions unilatérales prévues par le texte ; étendre au niveau européen les mesures de protection des documents et intérêts économiques essentiels, tels qu'ils figurent dans la loi française de blocage de 1968 ; et, renforcer les mécanismes de coordination entre États membres dans la perspective d'établir un « OFAC européen ».

### **2.7.1. Renforcer l'effectivité et l'impact des contre-mesures aux sanctions unilatérales prévues par le texte**

Le Règlement de l'Union européenne n°2271/96 dit « de blocage », qui vise à annuler les effets, dans l'UE, des décisions et législations étrangères, ne permet pas dans son état actuel d'offrir une protection suffisante à nos opérateurs économiques face à l'extraterritorialité du droit américain. Seule une révision profonde de ce texte permettra de répondre à l'objectif recherché.

#### ***2.7.1.1. Renforcer le mécanisme d'indemnisation prévu à l'article 6 du règlement afin de pouvoir indemniser les entreprises ayant été sanctionnées par l'administration américaine sur le fondement de sanctions extraterritoriales.***

La procédure d'indemnisation aujourd'hui prévue par le règlement de 1996 est largement inopérante. L'article 6 du règlement prévoit que toute personne européenne visée par des sanctions extraterritoriales prévues par les lois annexées au règlement a le droit de se faire indemniser devant les juridictions des États membres.

Le risque financier reste néanmoins intégralement porté par l'entreprise tant que celle-ci n'a pas eu gain de cause devant les tribunaux européens, limitant grandement la portée du dispositif. Afin de pallier cette situation, la mise en place d'un mécanisme d'indemnisation, adossé sur le budget européen, pourrait être soutenue<sup>105</sup>.

Dès lors qu'une entreprise serait sanctionnée par les États-Unis sur le fondement de dispositions extraterritoriales, cette dernière se verrait indemnisée par l'Union européenne. Afin de compenser la somme versée subie au titre de cette indemnisation, la Commission pourrait alors procéder à une saisie d'actifs (biens mobiliers, immobiliers, comptes, etc.) des États-Unis sur le territoire de l'Union non couverts par l'immunité diplomatique (les biens souverains ne sont pas tous couverts par les immunités diplomatiques), sous réserve cependant que les Tribunaux ne considèrent pas que l'immunité de juridiction constitue un obstacle à cette action récursoire.

Si l'objectif est avant tout de dissuader les États-Unis de poursuivre nos opérateurs, le mécanisme renforcé se devrait d'être suffisamment opérationnel et crédible, là où le Règlement de 1996 ne l'est pas dans sa rédaction actuelle, cette saisie de biens américains en Europe étant déjà explicitement prévue dans le Règlement de 1996.

#### ***2.7.1.2. Revoir les critères (évoqués à l'article 5, second alinéa) sur lesquels la Commission se fonde pour autoriser une entreprise européenne à se conformer à la législation américaine de façon à introduire plus de flexibilité.***

Des opérateurs souhaitant maintenir des opérations en Iran, en veillant à leur conformité avec les sanctions américaines, se trouvent dans une situation où ils pourraient contrevenir à la réglementation européenne. Cela incite finalement ces entreprises à des comportements de « *de-risking* », se désengageant encore davantage du marché iranien du fait de l'entrave que représentent ces dispositions.

---

<sup>105</sup> Institut Jacques Delors : L'Europe face aux sanctions américaines, quelle souveraineté ? Octobre 2018.

Les critères déjà définis par la Commission dans le règlement d'exécution (UE) 2018/1101 de la Commission<sup>106</sup> devraient être revus afin de laisser plus de liberté aux entreprises quant à leurs choix commerciaux. Pourrait être imaginée une nouvelle grille de critères liés plus directement au secteur d'activité des entreprises visées par des sanctions américaines, à leur exposition aux États-Unis ou encore au type de sanctions qui leur sont infligées. La piste d'autorisations générales pour certains secteurs d'activité (notamment les banques) devrait être envisagée.

### **2.7.1.3. Accompagner et soutenir les entreprises européennes dans leur dialogue avec les autorités américaines en cas de procédure américaine fondée sur une sanction extraterritoriale.**

Les États-Unis s'appuient sur le « *Office of Foreign Assets Control* » (OFAC), service du Trésor américain chargé de l'application des sanctions et de la délivrance des licences, pour établir un rapport de force qui leur est favorable.

Dès lors, afin de rééquilibrer le dialogue avec les États-Unis, la présence d'un représentant de la Commission ou du comité de la législation extraterritoriale (dont la création est prévue à l'article 8 du règlement) pourrait être recherchée en tant que condition préalable à toute discussion avec les autorités américaines.

### **2.7.2. Étendre au niveau européen les mesures de protection des intérêts économiques essentiels, tels qu'ils figurent dans la loi française de blocage de 1968**

Le Règlement européen de 1996 devrait voir son champ et son objet complété afin d'en faire un instrument de blocage au vrai sens du terme. Aujourd'hui le règlement européen est plus un instrument de contre-mesure, qu'un instrument de blocage.

Il semble impératif d'en faire un texte juridique permettant d'offrir une base légale uniforme, au niveau de l'Union européenne, visant à empêcher toute autorité étrangère à l'Union européenne à demander directement des documents et informations à une entreprise ou un opérateur de l'Union sans passer par les canaux de la coopération judiciaire ou administrative internationale.

Aussi, la mission propose que la France demande à ses partenaires de l'Union européenne d'instaurer au niveau de l'Union une loi de blocage à l'encontre de toute demande d'une autorité étrangère, c'est-à-dire d'un pays non membre de l'Union européenne, qui s'adresserait directement à une personne physique ou morale ressortissante de l'Union.

Le champ des informations et documents à protéger pourrait recouvrir le champ actuellement retenu par la loi de 1968.

### **2.7.3. Travailler au renforcement des mécanismes de coordination entre États membres dans la mise en œuvre des sanctions européennes et réfléchir à la création d'un bureau européen de contrôle des actifs étrangers (« OFAC européen »).**

L'objectif serait de rassembler les membres de l'Union afin de permettre un dialogue équilibré avec les autorités américaines. À cette fin, la création d'un OFAC européen, de manière progressive et sans transfert de compétence à court terme, serait utile pour créer les conditions d'un dialogue entre l'UE et l'OFAC américain, renforcer l'équilibre des forces en présence et conforter la crédibilité européenne vis-à-vis des États-Unis.

---

<sup>106</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1101&from=EN>

La France pourrait alors proposer de confier à une structure européenne unique les missions suivantes :

- ◆ Consolider la coordination en matière de mise en œuvre des sanctions et d'interprétation de la réglementation en vigueur. Les missions du groupe RELEX Sanctions pourraient ainsi être renforcées pour s'assurer que les États membres partagent et promeuvent la même doctrine (en particulier en publiant davantage de lignes directrices en ce qui concerne la mise en œuvre des sanctions).
- ◆ Assurer les conditions d'un dialogue plus robuste avec l'OFAC, en faisant de cette structure le point de contact avec les autorités américaines, même s'il reste nécessaire de préserver les prérogatives des États membres aux côtés de celui-ci.
- ◆ Assister et protéger les entreprises européennes frappées par des sanctions illicites de pays tiers, notamment lorsque des procédures judiciaires sont engagées à leur encontre.
- ◆ Mettre en place, au niveau européen, une autorité chargée de veiller au respect par les États membres des obligations relatives à la mise en œuvre des sanctions édictées au niveau européen.

À plus long terme, il conviendra de jeter les bases d'une réforme plus profonde, qui reposerait sur de véritables transferts de compétences à l'OFAC européen, afin de renforcer le poids européen dans le dialogue avec les États-Unis, notre force de frappe et notre crédibilité.

## **2.8. Proposition n°9 : Demander un rapport parlementaire visant à renforcer les outils et moyens dédiés à la lutte contre les infractions économiques et financières, notamment la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers**

L'OCDE insiste régulièrement sur la durée des enquêtes en France en matière de corruption et par conséquent, la sanction tardive de ces infractions (la durée moyenne des enquêtes en matière de corruption transnationale à partir du dernier acte délictueux est en effet, de 7,3 ans et va en augmentant, puisqu'elle était de deux ans, en 1999<sup>107</sup>).

Le nombre de relaxes, ordonnances de non-lieu et classements sans suite a par ailleurs marqué une augmentation notable en France, passant d'un total de douze en octobre 2012, à 31 en octobre 2014 (dont onze nouvelles décisions au bénéfice de personnes morales). Si la loi du 9 décembre 2016 a facilité les investigations en matière de corruption en créant la CJIP, en permettant le développement d'enquêtes internes à l'entreprise effectuées par des avocats, sous le contrôle du procureur de la République, ces nouvelles modalités d'enquêtes n'ont pas encore donné la pleine mesure de leur potentiel.

Dans le cadre des audits, la mission a recueilli de nombreuses propositions de mesures visant à renforcer les outils et moyens dédiés à la lutte contre les infractions économiques et financières, notamment la lutte contre la corruption d'agent public étranger. Aussi, la mission demande que ces propositions soient expertisées dans les meilleurs délais par une mission parlementaire, afin de pouvoir alimenter une proposition de loi traitant de l'ensemble des sujets du rapport.

**En premier lieu, la mission parlementaire, s'agissant de l'efficacité des mécanismes de signalement des infractions en matière de corruption, pourrait s'intéresser :**

- ◆ aux mécanismes de détection et de signalement par les services d'enquête, les agents du fisc, le personnel des ambassades, les cellules de renseignements financiers, les organismes chargés de la passation des marchés publics et les autorités de la concurrence et la coordination de ces services ;

---

<sup>107</sup> Rapport OCDE précité.

- ◆ mais aussi à l'application du mécanisme dit de « clémence » en vigueur en matière de droit de la concurrence<sup>108</sup>. De même, il pourrait être étudié l'opportunité d'étendre l'exemption et la réduction de peine prévue par l'article 132-78 du Code pénal<sup>109</sup>.

**Ensuite**, il résulte des auditions des magistrats, comme des enquêteurs qu'en regard aux enjeux économiques, **les moyens alloués à la lutte contre la corruption mériteraient d'être adaptés à la technicité et à la complexité de ces investigations**, qui requièrent des compétences et des outils informatiques spécifiques, de par la nature et la masse des données à analyser.

La mission parlementaire pourra utilement expertiser plus avant les récentes recommandations pertinentes du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale<sup>110</sup> ainsi que celles de la Cour des comptes sur le sujet<sup>111</sup>, et notamment la nécessité d'une plus grande spécialisation des juges et enquêteurs devant traiter ce type d'affaire.

Elle pourra également s'intéresser à la généralisation de la pratique du fonds de concours en matière de stupéfiant, qui permet en pratique de renforcer l'action des services provenant des saisies et condamnations<sup>112</sup>.

**Par ailleurs, le rapport parlementaire pourrait se concentrer sur les réformes à réaliser ce qui permettraient de donner sa pleine efficacité à la CJIP**, et notamment :

- l'effectivité de la poursuite des infractions de corruption et de trafic d'influence commises à l'étranger par des entreprises étrangères<sup>113</sup> ;
- l'opportunité d'en élargir son champ d'application à d'autres infractions : lors de multiples auditions, il a notamment été évoqué les infractions de blanchiment de capitaux provenant des infractions de corruption ou de trafic d'influence, les abus de biens sociaux ou les pratiques commerciales trompeuses ;
- le bilan des enquêtes internes et à l'opportunité d'encadrer cette procédure : il conviendra notamment d'aborder à cet égard les questions relatives à la mise en œuvre de la CJIP, notamment les conditions de désignation de l'enquêteur interne à l'entreprise, les obligations de cet enquêteur et celles de l'entreprise, en cours d'enquête, la sanction de ces obligations, les pouvoirs du procureur en charge du contrôle de l'enquête, le statut des documents et informations recueillis au cours de l'enquête, et plus généralement la question de l'autorité de la chose jugée de la CJIP et du sort réservé aux personnes physiques.

---

<sup>108</sup> Les programmes de clémence sont un outil dont disposent les autorités de la concurrence pour faciliter les conduites des enquêtes et la recherche de preuve des infractions en matière d'entente et de cartels. Ils consistent en une immunité ou une réduction des amendes infligées aux entreprises dénonçant et apportant les preuves d'une entente entre entreprises.

<sup>109</sup> Pour toute personne ayant commis ou tenté de commettre un délit, si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis « d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices (...) de faire cesser l'infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices ».

<sup>110</sup> Rapport de la mission d'évaluation de la lutte contre la délinquance financière, Assemblée Nationale, 28 mars 2019.

<sup>111</sup> Voir infra référé sur moyens consacrés à la lutte contre la délinquance économique et financière, Cour des comptes, 12 décembre 2018 (S2018-3520).

<sup>112</sup> Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA).

<sup>113</sup> La loi du 9 décembre 2016 étend l'application de la loi pénale française aux infractions de corruption et de trafic d'influence commises à l'étranger par des personnes « résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de [leur] activité économique sur le territoire français », et supprime l'exigence de double incrimination.

**Enfin, le rapport parlementaire pourra utilement faire des propositions sur l'aménagement des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.** Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales - fixées de manière restrictive par l'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal - compliquent les poursuites contre les entreprises, dans la mesure où leurs organes ou représentants sont rarement en situation de commettre eux-mêmes les infractions, les décisions étant la plupart du temps, prises par des personnes non titulaires de délégations de pouvoir<sup>114</sup>.

Ainsi, dans un jugement du 30 août 2017, le tribunal correctionnel de Paris a relaxé une société, tout en constatant l'existence de faits avérés de corruption, au motif que les actes frauduleux n'avaient pas été commis par un organe ou un représentant de la société. En effet, les personnes mises en cause étaient des salariés d'autres entités du groupe et non de la société, ne bénéficiant donc pas d'une délégation de pouvoir de la société. Le constat de l'inadaptation des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales en matière de grande délinquance économique et financière a déjà été fait par le parquet national financier dans le cadre de la mission parlementaire portant sur l'évaluation des lois du 6 décembre 2013<sup>115</sup>.

Cette difficulté à engager la responsabilité pénale des personnes morales constitue un argument pour les autorités étrangères ayant une conception extensive de leur compétence territoriale et créé, de fait, une inégalité au détriment des petites et moyennes entreprises. Elle met également la France en défaut par rapport à la Recommandation de l'OCDE du 26 novembre 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

---

<sup>114</sup> Deux conditions doivent être réunies pour pouvoir rechercher la responsabilité pénale d'une personne morale : l'infraction doit avoir été commise par un organe ou un représentant de la personne morale et l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale. Crim., 11 avr. 2012, n°10-86.974. et Crim., 19 juin 2013, n°12-82.827.

<sup>115</sup> Rapport d'information du 8 février 2017 présenté par les députés Mazetier et Warsmann, pages 21 et suivantes.



# **ANNEXE I**

## **Lettre de mission**





*Le Premier Ministre*

1074 / 18 / SG

Paris, le 11 JUIL. 2018

Monsieur le député,

J'ai décidé, conformément à l'article L.O. 144 du code électoral, de vous nommer parlementaire en mission, placé auprès de Madame Nicole BELLOUBET, garde des sceaux, ministre de la justice, de Monsieur Jean-Yves LE DRIAN, ministre de l'Europe et des affaires étrangères et de Monsieur Bruno LE MAIRE, ministre de l'économie et des finances. Vous mènerez cette mission conjointement avec Monsieur Christophe-André FRASSA, sénateur. Votre mission portera sur les mesures de protection des entreprises françaises confrontées à des procédures judiciaires ou administratives donnant effet à des législations de portée extraterritoriale.

La question de la protection du secret des affaires et des intérêts économiques de la France constitue en effet un sujet de première importance. Cette importance est renforcée par le contexte actuel, qui fait de l'outil judiciaire un instrument de puissance économique et de concurrence internationale. Plusieurs entreprises françaises ont ainsi fait ces dernières années l'objet de procédures judiciaires initiées sur le fondement de législations de portée extraterritoriale qui ont eu des conséquences économiques et financières majeures.

Votre mission évaluera ainsi la portée de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (dite « loi de blocage »).

Elle présentera la nature de la menace, établira un état du droit existant, consultera les entreprises françaises de toutes tailles concernées par cette problématique ainsi que leurs organisations représentatives et les professionnels du droit spécialistes de ces questions, et fera des propositions concrètes de renforcement et de modernisation de notre arsenal juridique, y compris en matière pénale.

.../...

Monsieur Raphaël GAUVAIN  
Député  
Assemblée nationale  
126, rue de l'Université  
75355 PARIS 07 SP

2.-

Elle étudiera notamment les conséquences de la promulgation, le 23 mars dernier, par le président des États-Unis, du *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* ou « *Cloud act* ». Ce nouveau dispositif juridique permet en effet à l'administration américaine de contraindre les fournisseurs de services basés aux États-Unis, par mandat ou assignation, à fournir des données en transit ou stockées sur des serveurs situés dans des pays étrangers, ce qui peut avoir des conséquences importantes pour des entreprises françaises ou européennes ayant pourtant fait le choix d'héberger leurs données hors des États-Unis.

Vous évalueriez ainsi si des solutions peuvent être apportées dans le droit national ou l'Union européenne, notamment dans le cadre d'une éventuelle révision du règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 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.

Dans la réalisation de votre mission, vous vous appuyerez en tant que de besoin sur les administrations compétentes, notamment la direction des affaires criminelles et des grâces, la direction des affaires civiles et du sceau, la direction générale de la mondialisation (direction des entreprises, de l'économie internationale et de la promotion du tourisme), la direction de l'Union européenne et la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, la direction générale des entreprises et la direction générale du trésor.

Deux rapporteurs, issus respectivement de l'inspection générale de la justice et de l'inspection générale des finances seront mis à votre disposition pour vous assister dans vos travaux.

Vous remettrez un rapport d'étape pour la fin septembre, et votre rapport final pour la fin novembre 2018.

Je vous prie de croire, Monsieur le député, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

  
Edouard PHILIPPE

## **ANNEXE II**

### **Liste des personnes rencontrées**



## **1. AVOCATS**

### **1.1 Conseil National des Barreaux**

Xavier AUTAIN, Président de la Commission Communication Institutionnelle  
Louis Bernard BUCHMAN, Président de la Commission des Affaires Européennes et Internationales  
Thomas CHARAT, Président de la Commission Droit et Entreprise  
Laurence DUPUIS, Juriste

### **1.2 Barreau de Paris**

Marie-Aimée PEYRON, Mme le Bâtonnier en exercice  
Nathalie ATTIAS, MCO  
Solenne BRUGERE, MCO  
Frédéric SICARD, Ancien Bâtonnier, MCO  
Béatrice BRUGES-REIX, MCO, Déléguée du Bâtonnier aux Affaires Publiques  
Julien AUBIGNAT, Responsable des Affaires Publiques du Barreau de Paris

### **1.3 Conférence des Bâtonniers**

Philippe LEGOFF, Bâtonnier et Secrétaire Général

### **1.4 Conférence Internationale des Barreaux**

Bernard VATIER, Ancien Bâtonnier de Paris, Secrétaire Général, Avocat cabinet VATIER  
Delphine JAAFAR, Avocat

### **1.5 Syndicats avocats**

Roy SPITZ, Président de la Confédération nationale des avocats  
Bertrand COUDERC, Membre de droit du bureau du Syndicat des Avocats de France, Avocat spécialiste en Droit du Dommage Corporel, ALCIAT-JURIS  
Aminata NIAKATE, Présidente de la Fédération nationale des Unions de Jeunes Avocats  
Jean-Baptiste BLANC, Premier Vice-président de la Fédération nationale des Unions de Jeunes Avocats

### **1.6 Avocats**

Jean CASTELAIN, Avocat, ancien Bâtonnier  
Jean Michel DARROIS, Avocat, Darrois Villey Maillot Brochier  
Kami HAERI, Avocat, Quinn Emanuel  
Jean-Georges BETTO, Avocat cabinet BETTO SERAGLINI, Membre du Conseil de l'Ordre  
Catherine SAINT-GENIEST, Avocat Cabinet Jeantet  
David GORDON-KRIEF, Avocat, Cabinet UGGC, Président du Groupe des professions libérales du Conseil économique social et environnemental  
Hugues CALVET Avocat associé du Cabinet Bredin Prat  
Pauline BOUSSIN, Chargée de Développement Cabinet BETTO SERAGLINI  
Daniel SCHIMMEL, Avocat, Cabinet FOLEY HOAG LLP  
Veronica JENNINGS, Avocate, Partner, Cabinet FOLEY HOAG LLP (à Washington)  
John P. MARSTON, Partner, Cabinet FOLEY HOAG LLP (à Washington)  
Rebecca GEROME, Avocate, Associate, Cabinet FOLEY HOAG LLP (à Washington)

Thomas ROUHETTE, Avocat à la Cour, Hogan Lovells  
Ela BARDA, Avocat à la Cour, Hogan Lovells  
Alexander BLUMROSEN, Avocat aux Barreaux de Paris et de New-York - KAB  
Pierre SERVAN SCHREIBER, Avocat  
Laurent COHEN-TANUGI, Avocat aux Barreaux de Paris et de New York - Cabinet Laurent Cohen-Tanugi Avocats  
Ann Y.DU, Collaboratrice au Cabinet Laurent Cohen-Tanugi Avocats, membre du Barreau de Californie  
Christophe INGRAIN, Avocat, Cabinet Darrois Villey Maillot Brochier  
Xavier PHILIPPS, Collaborateur, cabinet Darrois Villey Maillot Brochier  
Silvestre TANDEAU DE MARSAC, Avocat au Barreau de Paris  
Nathalie MEYER FABRE, Avocat - Cabinet MEYER FABRE AVOCATS  
Félix DE BELLOY, Avocat, Cabinet BOKEN  
Stéphane DE NAVACELLE, Avocat au Barreau de Paris  
Stephen DREYFUSS, Avocat, Ancien Président de l'Union Internationale des Avocats  
Dominique PERBEN, Avocat au Barreau de Paris, Ancien Garde des Sceaux  
Louis DE GAULLE, Avocat à la Cour, Cabinet DE GAULLE FLEURANCE  
Noëlle Lenoir, Kramer, Avocate Paris  
Coline BAHARET-DASSANT, Avocat à la Cour  
Dominique BORDE, Associé Cabinet Paul Hasting  
Nadia KRIBECHE, Avocate  
Christophe PETTITI, Avocat  
Charles-Henri BOERINGER, Avocat à la Cour, Cabinet Clifford Chance  
Thibaud D'ALES, Avocat, Cabinet Clifford Chance  
Thomas BAUDESSON, Avocat à la Cour, Cabinet Clifford Chance  
Daniel SOULEZ LARIVIERE, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet SOULEZ LARIVIERE  
Astrid MIGNON COLOMBET, Avocat, cabinet SOULEZ LARIVIERE  
Winston MAXWELL, Avocat, Cabinet Hogan LOVELLS  
Vincent NIORE, Avocat à la Cour, Cabinet NIORE  
Bernard CAZENEUVE, Avocat, Cabinet August Debouzy, Ancien Premier Ministre  
Emmanuelle MIGNON, Avocat au Barreau de Paris, Associée Cabinet August Debouzy  
Benjamin VAN GEVER, Avocat au Barreau de Paris

## **2. MONDE DE L'ENTREPRISE**

### **2.1 MEDEF**

Joëlle SIMON, Directrice Générale Adjointe en charge des Affaires juridiques, Éthiques et de Gouvernance des entreprises  
Armand SUICMEZ, Chargé de Mission, Direction des Affaires Publiques  
Christine LEPAGE, Directrice des Affaires Internationales  
Catherine DORGNAC, Chargée de projet, Moyen Orient, Projet Manager  
Rodolphe BARON, Chargé de mission Direction des Affaires Internationales

### **2.2 AFEP**

François SOULMAGNON, Directeur Général de l'AFEP  
Stéphanie ROBERT, Directrice de l'AFEP  
Odile DE BROSES, Directrice des Affaires juridiques de l'AFEP

### **2.3 Fédération Bancaire Française**

Marie-Anne BARBAT-LAYANI, Directrice Générale de la FBF

### **2.4 Association de juristes d'entreprises**

#### **2.4.1 Association Française des Juristes d'entreprise -AFJE**

Stéphanie FOUGOU, Présidente de l'AFJE

Marc MOSSE, Vice-Président de l'AFJE

Hervé DELLANOY, Directeur Juridique RALLYE (Holding de Casino et Go Sport - Président d'Honneur de l'AFJE et Président du Conseil National du Droit)

#### **2.4.2 Association Nationale des Juristes de Banque (ANJB)**

Marc De LAPEROUSE, HSBC

Jean-Louis GUILLOT

Alain GOURIO, FBF

Emmanuel JOUFFIN, La Banque Postale

Laurence WYNAENDTS, HSBC

#### **2.4.3 Cercle Montesquieu**

Nicolas GUERIN, Secrétaire Général du Groupe Orange

Boris STOYKOV, Membre du Conseil d'Administration, Directeur juridique Affiches Parisiennes

### **2.5 Dirigeants d'entreprise, directeurs juridique & directeurs conformité**

Xavier HUBERT, Directeur Ethics, Compliance and Privacy Engie

Jean-Baptiste CARPENTIER, Directeur de la Conformité VEOLIA

Fabien BUHLER, Président de l'entreprise DEVEXPORT

Aurélien HAMELLE, Directeur juridique du groupe TOTAL

Marie-Laure DE FONTAINES, Cheffe du Département Sanctions Économiques et Contrôle des Exportations Direction TOTAL

Sébastien THIERRY, Secrétaire Général REXEL

Philippe CADUC, Président Directeur Général de chez ADIT

Emmanuel PITRON Vice-président sénior information, synthèse et analyse des risques du Groupe ADIT, en charge des questions de compliance

Raphaël DE CORMIS, Vice-président Innovation Labs, Gemalto

Claire CHALVIDANT, Directrice des relations institutionnelles, Orange

Cédric PRÉVOST, Directeur Marketing Services Managés et Sécurité Cloud

Pierre PETILLAULT, Directeur adjoint des affaires publiques

Claire CHALVIDANT, Directrice des relations institutionnelles

François-Xavier VELAZQUEZ, Directeur juridique, Bouygues Énergies & Services

Marc MOSSE, Directeur Juridique Microsoft France

Adrien CADIEUX, Directeur juridique et secrétaire général de Technicolor

Sophie LE MENAHEZE, Juriste chez Technicolor

Alban FERAUD, Marché des Affaires réglementaires et stratégie de développement des affaires et offres du marché IDEMIA

Pascal BELMIN, Vice-Président, AIRBUS

Gérard MOISSELIN, Préfet, Conseiller du Président d'AIRBUS pour les affaires sécurités et régionales, Direction des affaires publiques France

Frédéric PIERUCCI, Gérant de la société IKARIAN, expert en conformité anticorruption, ancien cadre supérieur d'ALSTOM

### **3. UNIVERSITAIRES**

Pierre BERLIOZ, Professeur de Droit - Directeur EFB  
Mathias AUDIT, Professeur de Droit  
Florence G'SELL, Professeur de Droit privé  
Alain PELLET, Juriste et professeur de droit international économique  
Théodore CHRISTAKIS, Professeur de Droit international à la faculté de Droit de Grenoble, Directeur du centre d'études sur la sécurité internationales et les coopérations européennes  
Régis BISMUTH, Professeur des Universités, SciencesPo, École de Droit  
Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Directeur de Département des masters de droit international, européen et comparé  
Alina MIRON, Professeure de droit international-Co-directrice du Master 2 Droit international et européen

### **4. ADMINISTRATIONS CENTRALES ET CABINETS MINISTERIELS**

#### **4.1 Ministère de l'Europe et des affaires étrangères (MEAE)**

François ALABRUNE, Directeur des affaires juridiques  
Pierre BOUSSAROQUE, Jurisconsulte adjoint, Conseiller des affaires étrangères  
Diégo COLAS, Sous-directeur, Directeur adjoint, Conseiller des affaires étrangères  
Brice FODDA, Conseiller relations extérieures de l'Union européenne  
Anne-Laure DESJONQUERES, Sous-directrice du Droit de l'Union européenne et du droit international économique  
Esther DE MOUSTIER, Chargée de mission, maître des requêtes au Conseil d'État  
Delphine HOURNAU POUZAT, Sous-directrice du Droit international public  
Ludovic LEGRAND

#### **4.2 Ministère de l'économie et des finances et Ministère de l'Action et des comptes publics**

##### **4.2.1 Cabinet du Ministre de l'économie et des finances, M. Bruno le Maire**

Thomas REVIAL, Directeur Adjoint du Cabinet  
Eléonore PEYRAT, Conseillère Affaires Européennes et Internationales  
Juliette OURY, Conseillère Affaires Européennes et Internationales

##### **4.2.2 Cabinet du Ministre de l'Action et des comptes publics, M. Gérald Darmanin**

Florian COLAS, Conseiller du Ministre  
Manon PERRIERE, Conseillère juridique du Ministre

##### **4.2.3 Cabinet du Secrétaire d'État chargé du Numérique, M. Mounir Mahjoubi**

Aymeril HOANG, Directeur de cabinet  
Carole VACHET, Conseillère du Ministre

##### **4.2.4 Services du Ministère de l'économie et des finances**

Thomas COURBE, Directeur Général des Entreprises  
Guillaume CHABERT, Chef de Service des affaires multilatérales et du développement, DG Trésor



Claire CHEREMETINSKI, Cheffe du Service des affaires bilatérales et de l'internationalisation des entreprises, DG Trésor  
Joffrey CELESTIN-URBAIN, Chef du Service de l'information stratégique et de la sécurité économiques (SISSE)  
Philippe LOREC, Chef de département conformités et Compliance du SISSE  
Yasmina MOUBACHIR, Conseillère juridique du SISSE  
Théo SIPROUDHIS, Service des affaires multilatérales et du Développement de la DG Trésor - Bureau Multicom 3  
Alice NAVARRO, Service des affaires multilatérales et du Développement, DG Trésor  
Sébastien RASPILLER, Financement de l'économie, DG Trésor  
Laure BÉDIER, Directrice des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

#### **4.3 Ministère de la justice**

##### **4.3.1 Cabinet de la Garde des Sceaux, Mme Nicole Belloubet**

Eric THIERS, Conseiller spécial en charge des questions constitutionnelles  
Aurélia SCHAFF, Conseillère chargée de l'Europe et des relations internationales  
Jérôme SIMON, Conseiller chargé de la politique pénale  
Nail BOURICHA, Conseiller chargé de la prospective et de l'attractivité du droit

##### **4.3.2 Direction des affaires civiles et du sceau (DACS)**

Thomas ANDRIEU, Directeur  
Christelle HILPERT, Chef du Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile  
Nicolas CASTELL, Rédacteur bureau du Droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile  
Camille BLANCO, Membre du Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile  
Maguy FULLANA, Chef du bureau du droit et de la déontologie des professions  
Aurélie BAUDON, Adjointe au chef du bureau du droit commercial général

##### **4.3.3 Direction des Affaires Criminelle et des Grâces (DACG)**

Isabelle MINGUET, Sous-directrice  
Céline GUILLET, Cheffe de bureau  
Jacques MARTINON, Chef de mission  
Sophie LACOTE, Adjointe cheffe de bureau

#### **4.4 Ministère de l'intérieur (Direction Générale de la Sécurité Intérieur)**

Nicolas LERNER, Directeur Général de la DGS  
Jean-Philippe COUTURE, Sous-directeur de la protection économique du patrimoine scientifique, contrôleur général de la Police nationale

#### **4.5 Elysée (Coordination nationale du Renseignement et de la lutte contre le terrorisme)**

Pierre DE BOUSQUET, Préfet, Coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme  
Grégory BELHOSTE, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme  
Jean-Julien XAVIER ROLAI

Agnès DELETANG, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme

Antoine MERCIER, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme

Julien DAVET, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme

Jean-François GAYRAUD, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme

Fabienne DUTHE, Conseiller auprès du coordonnateur national du renseignement et de la lutte contre le terrorisme

#### **4.6** Autres administrations centrales

##### *4.6.1 Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI)*

Guillaume POUPARD, Directeur Général

Yves VERHOEVEN, Sous-directeur Stratégie

Jean-Baptiste DEMAISON, de la Sous-direction stratégie

Vincent STRUBEL, Sous-directeur expertise

##### *4.6.2 Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)*

Sébastien SORIANO, Président

Agate ROSSETTI, Cheffe de l'unité « Infrastructures et réseaux ouverts »

Loïc DUFLLOT, Directeur « Internet et Utilisateurs »

##### *4.6.3 Agence Française Anticorruption (AFA)*

Charles DUCHAINE, Directeur

Gérald BEGRANGER, Directeur Adjoint

##### *4.6.4 Commission nationale Informatique et Liberté (CNIL)*

Jean LESSI, Secrétaire général de la CNIL

Tiphaine HAVEL, Conseillère pour les questions institutionnelles et parlementaires

## **4. AUTORITES D'ENQUETES**

### **4.1 Autorité des Marchés Financiers (AMF)**

Benoit DE JUVIGNY, Secrétaire Général

Olivier BOULON, Adjoint à la Directrice de la Direction des affaires juridiques

Frédéric PELESE, Directeur Adjoint à la direction de la régulation et des affaires internationales

Maxime GALLAND, Directeur de la Division Expertise juridique et internationale au sein de la Direction des enquêtes et des contrôles

### **4.2 Autorité de la Concurrence**

Isabelle DE SILVA, Présidente

Mathias PIGEAT, Directeur de cabinet et des affaires internationales

Stanislas MARTIN, Rapporteur Général

#### 4.3 Association Française des Magistrats instructeurs (AFMI)

Pascal GASTINEAU, Président

#### 4.4 Magistrats et enquêteurs

Renaud VAN RUYMBEKE, Coordonnateur du Pôle financier de l'instruction au TGI de Paris

Carole CHAMPALAUNE, Conseillère à la Chambre commerciale - Cour de cassation

Eliane HOULETTE, Procureure nationale financier

Jean Marc TOUBLANC, Vice-Procureur national financier

Thomas DE RICOLFIS, Directeur de l'Office Central de lutte contre la Corruption et les infractions financières et fiscales

Guillaume DAIEFF, 1er Vice-procureur à Nanterre, Chef de la section économique, financière et commerciale Parquet du TGI de Nanterre (ancien juge d'instruction au pôle financier du TGI de Paris)

Nicolas MICHON, Juge à la 9<sup>ème</sup> chambre du TGI de Paris

### **5. AUTRES ORGANISATIONS ET ASSOCIATIONS**

#### 5.1 Institut des hautes études sur la Justice

Antoine GARAPON, Secrétaire général

#### 5.2 Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE)

Nicola BONUCCI, Directeur des affaires juridiques

Patrick MOULETTE, Chef de la division anticorruption

#### 5.3 Alliance pour la Confiance Numérique

Jean-Pierre QUEMARD, Président

Yoann KASSIANIDES, Délégué Général

#### 5.4 Transparency International France

Marc-André FEFFER, Président

Laurence FABRE, Responsable du programme secteur privé

Nicole OTTO, Responsable du programme Lanceurs d'Alerte

#### 5.5 Institut Jacques Delors

Pascal LAMY, Président d'honneur de l'Institut Jacques Delors

Farid FATAH, Institut Jacques Delors, Avocat

### **6. PERSONNALITES QUALIFIES**

#### 6.1 Parlementaires

Olivier MARLEIX, Député d'Eure-et-Loir, 2<sup>ème</sup> circonscription

Guillaume KASBARIAN, Député d'Eure-et-Loir, 1<sup>ère</sup> circonscription

Jacques MAIRE, Député des Hauts de Seine, 8<sup>ème</sup> circonscription

Philippe BONNECARRERE, Sénateur du Tarn, Avocat de profession

## **6.2 Autres**

Guy CANIVET, Président du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, ancien membre du Conseil Constitutionnel

Michel PRADA, Président du Conseil de normalisation des comptes publics, CNOCP

Alain JUILLET, Président de l'Académie de l'Intelligence Économique

Ali Laïdi, Journaliste

Charles MOYNOT, Ancien conseiller pénal de Jean Jacques Urvoas

Gilles ARATHOON, Conseiller Division du secrétariat de la commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale (Rédacteur du rapport Lellouche/Bergé)

## **7. AUTORITES ÉTRANGERES**

### **7.1 Union européenne**

#### **7.1.1 Représentation permanente auprès de l'Union européenne (RP)**

Bérangère TRAVARD, Conseillère à la Représentation permanente de la France

Pauline DUBARRY, Conseillère à la Représentation permanente de la France

Michèle NISSEN SAGEOT, Conseillère Asie du service de politique commerciale de la représentation permanente de la France auprès de l'union européenne

#### **7.1.2 Commission européenne**

Stéphane CHARDON, Coordinateur, Contrôle des Exportations stratégiques, DG commerce, Jean-Charles VAN ECKHAUTE, Chef de l'Unité sur les questions stratégiques de politique extérieure

Dragomir LLIEV, Responsable politique au sein de l'Unité sur les questions stratégiques de politique extérieure

Alejandro CAINZOS, Conseiller politique auprès du secrétariat général adjoint

Hilde HARDEMAN, Directrice du service des instruments de politique étrangère

Isabelle PERIGNON, Cheffe de l'unité du droit pénal procédural, Direction générale de la justice et des consommateurs

Shirin HERMANNNS, Membre du service de politique étrangère de la commission européenne

Ariane COMBAL WEISS, Assistante en communication du service de politique étrangère de la commission européenne

David Geer, Chef de la division réglementation des sanctions

Pierre ARANAUD LOTTON, Membre de la division réglementation des sanctions

#### **7.1.3 Conseil européen**

Hubert LEGAL, Directeur général du service juridique du Conseil

### **7.2 États-Unis d'Amérique**

#### **7.2.1 Ambassade de France aux États-Unis**

Gérard ARAUD, Ambassadeur de France aux États-Unis

Nathalie BROADHURTS, Ministre Conseiller

Renaud LASSUS, Ministre Conseiller et chef du Service économique régional

Marie-Laurence NAVARRI, Magistrate de liaison aux États-Unis  
Marc THUILLIER, Conseiller commercial et juridique

#### 7.2.2 Securities and Exchange Commission (SEC)

Charles CAIN, Chief, Foreign Corrupt Practices Act Unit  
Tracy PRICE, Deputy Chief, Foreign Corrupt Practices Act Unit  
Kurt GRESENZ, Senior Assistant Director, Office of International Affairs  
Z. Scott BIRDWELL, Assistant Director, Office of International Affairs  
Paul GUMAGAY, Senior Special Counsel, Office of International Affairs  
Natasha KADEN, Senior Special Counsel, Office of International Affairs  
Carlos COSTA-RODRIGUES, Senior Counsel, Office of International Affairs

#### 7.2.3 Department of Justice (DOJ)

Andrew FINCH, Principal Deputy Assistant Attorney General –Antitrust division  
Daniel KAHN, Procureur en chef du FCPA  
Peter AXELROD, U.S Department of Justice/Criminal Division  
Bruce SWARTZ, Deputy Assistant Attorney General, Criminal Division  
Brad WIEGMANN, Deputy Assistant Attorney General, National Security Division  
Dylan CORS, Attorney Advisor, National Security Division  
Riane HARPER, Trial Attorney, Computer Crime and Intellectual Property Section U.S Department of Justice Criminal Division – Office of International Affairs  
Craig W. CONRATH, Trial Attorney, litigation III Section  
Doha MEKKI, Counsel to the Assistant Attorney General  
Ben FITZPATRICK, Senior Counsel, Criminal Division, Computer Crime and Intellectual Property Section

#### 7.2.4 US Department of the Treasury

Michael LIEBERMAN  
Sezaneh SEYMOUR  
Katherine BRADBURY

#### 7.2.5 Department of Commerce

Ellen S. HOUSE, Office of European Country Affairs, U.S Department of Commerce, International Trade Administration  
Andrew FLAVIN, Policy Advisor

#### 7.2.6 Personnalités qualifiées

Daniel L. GLASER, Principal Financial with Financial Integrity Network (FIN), ancien Assistant Secretary for Terrorist Financing and Financial Crime of the US Department of the Treasury's Office of Terrorism and Financial Intelligence (2011-2017)  
Jennifer DASKAL, Professeur, spécialiste du Cloud Act, Associate Professor, Washington College of Law  
Gregory T. NOJEIM, Senior Counsel & Director of Freedom, Center for Democracy & Technology  
Mana AZARMI, Policy Counsel, Center for Democracy & Technology  
Veronica JENNINGS, Partner, Cabinet d'avocats Foley Hoag  
John P. MARSTON, Partner, Cabinet d'avocats Foley Hoag  
Rebecca GEROME, Associate, Cabinet d'avocats Foley Hoag

