

REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 5 - 2022

SOMMAIRE - CONTENTS

ARTICLES

Gilles LHUILIER	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité / The Proposal for a European Directive on the Duty of Care of Companies with Regard to Sustainability.....	423
Luca TENREIRA	La rédaction des clauses d'application du devoir de vigilance par les <i>global lawyers</i> : l'exemple des clauses de <i>flow-down</i> / The Drafting of Due Diligence Clauses by Global Lawyers: The Example of Flow-Down Clauses	453
Florian FAVREAU Marine BASTIEGE	La chaîne de valeur dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / The Value Chain in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence	467
Florian FAVREAU	Les pratiques RSE d'entreprise dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / Corporate CSR Practices in the Proposed Directive on Corporate Due Diligence.....	477
Anne DANIS-FATOME	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance : brefs regards sur la responsabilité civile / The Proposal for a European Directive on the Duty of Vigilance: Brief Views on Civil Liability	489

ACTUALITES

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE / INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

Jean-Maxime BLUTEL Raimbaut LACOEUILHE Oriane SCALBERT Joffrey GAUCHER Judith NAYBERG Enzo SARAGOSA Veronica BOTNARI	Politiques de concurrence / Competition Policies	499
--	--	-----

EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL /REGIONAL DES AFFAIRES / EMERGENCE OF AN INTERNATIONAL/REGIONAL BUSINESS LAW

Philippe GUEZ et al	Chronique de droit international privé appliqué aux affaires de la période du 1er mars 2021 au 30 avril 2022	511
---------------------	--	-----

DROIT ET PRATIQUE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX / INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

Pascale ACCAOUI-LORFING Arnaud DE NANTEUIL	Les états et l'investisseur privé étranger : une approche multiple / States and Foreign Direct Investment (FDI): A Multi-Pronged Approach	551
Arnaud DE NANTEUIL	Le nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI / Reform of ICSID Arbitration Rules ..	557

GOVERNANCES / GOVERNANCES

David CHEKROUN Drew SHAGRIN	Gouvernance organisationnelle et gouvernance d'entreprise / Organisational and Corporate Governance	561
--------------------------------	---	-----

LE DECRET DU 18 FEVRIER 2022 SUR LA LOI DE BLOCAGE

Par Alexander BLUMROSEN

Les entreprises françaises sont de plus en plus souvent confrontées à des procédures initiées par des tribunaux étrangers, ou par des agences administratives étrangères, pour obtenir des documents dans le cadre d'enquêtes et de litiges. Ces demandes étrangères peuvent conduire à la communication de documents stratégiquement importants pour l'entreprise, ce qui peut également avoir un impact sur les intérêts sécuritaires de la France.

Le Décret du 18 février 2022 (« le Décret ») et l'arrêté du 7 mars 2022 ont été adoptés afin de préciser les obligations déclaratives prévues par la Loi n°64-678 du 26 juillet 1968, dite « Loi de blocage » (ci-après, « LBF »). Les entreprises françaises qui reçoivent des demandes d'information de la part d'autorités étrangères doivent désormais saisir le Service d'information stratégique et de sécurité économique (SISSE), qui disposera d'un mois pour émettre un avis non contraignant sur l'applicabilité du LBF. Les entreprises pourront présenter cet avis administratif aux autorités étrangères pour appuyer leur demande de recourir aux procédures conventionnelles prévues par la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves ou par un autre traité, ou pour expliquer leur refus de communiquer les informations demandées.

Le Décret fourni aux entreprises françaises de nouveaux outils pour se défendre contre les demandes de communication de document qui surviennent dans le cadre d'enquêtes et de litiges à l'étranger.

La Loi de blocage français (« LBF »)

Adopté en 1968, la LBF interdisait à l'origine la communication de documents et d'informations aux autorités étrangères en matière maritime. La Loi n°80-538 du 17 juillet 1980 a considérablement étendu son champ d'application dans un contexte de tensions économiques mondiales accrues. L'objectif déclaré de l'élargissement de la loi en 1980 était de protéger les entreprises françaises contre la collecte d'informations résultant, notamment, de la communication préalable au procès américaine en matière

THE DECREE OF 18 FEBRUARY 2022 AND THE BLOCKING STATUTE

French companies are increasingly faced with proceedings initiated in foreign courts, or from foreign administrative agencies, to obtain documents in the context of investigations and litigation. These foreign requests could lead to the transmission of strategically significant documents for the company, which may also impact the security interests of France.

The decree of 18 February 2022 (the "Decree") and the order of 7 March 2022, were issued specifying the reporting obligations under Law n°64-678 of 26 July 1968, known as the "French blocking statute" (hereafter, "FBS"). French Companies that receive requests for information from foreign authorities should now refer the matter to the Strategic Information and Economic Security Department (SISSE), which will have one month to issue a non-binding opinion on the applicability of the FBS. Companies will be able to submit this administrative opinion to the foreign authorities to support their request to use the treaty procedures identified in the Hague Evidence Convention or other treaty, or to explain their refusal to provide the requested information.

The Decree creates new tools for French companies to defend against foreign discovery that arise in foreign litigation and investigations.

The French Blocking Statute ("FBS")

Adopted in 1968, the FBS originally prohibited the communication of documents and information to foreign authorities in maritime matters. The law n°80-538 of 17 July 1980, considerably extended its scope of application in a climate of heightened global economic tensions. The stated objective of the law's expansion in 1980 was to protect French companies against the collection of information resulting, in particular, from American pre-trial discovery in antitrust and commercial matters that was considered excessively intrusive by French authorities.

Since 1980, the FBS has prohibited the communication of any economic, commercial, industrial, financial or technical information in response to a request (a) from a foreign public authority when such communication is likely to affect the sovereignty, security, essential economic interests of France or public order (article 1), or (b) for the purpose of gathering evidence for foreign judicial or administrative proceedings (article 1bis), unless the discovery request is made by a court under the Hague Evidence Convention or other international treaty.

However, US courts typically ignore the FBS when this law is raised by French companies due to the 1987 decision by the Supreme Court in the *Aérospatiale* case which held that the Hague Evidence Convention, far from being mandatory, is merely optional, and requires that courts apply in each case a particularised balancing analysis of the “particular facts, sovereign interests, and likelihood that resort to those procedures will prove effective.”

This divergence in views about the mandatory nature of the Hague Evidence Convention put French parties in the uncomfortable position having to choose between complying with the foreign discovery request and face potential sanctions in France under the FBS, or complying with the terms of the FBS and facing possible sanctions in the foreign proceedings.

Indeed, French corporations were left without effective assistance from the French authorities when dealing with this dilemma; there was no review or opinion from any French administrative authority that could confirm to the foreign court that specific requested documents could not be produced for reasons of French national sovereign interests.

Historically there were few prosecutions under the FBS in France. The criminal conviction of a Paris attorney upheld by the French Supreme Court in 2007 did not change the approach of US courts to the FBS, even though this decision gave substance to the argument that serious French sovereign interests underlie the FBS, potentially prompting U.S. courts to accord greater weight to the French interests in the *Aérospatiale* comity balancing test.

antitrust et commerciale, jugée excessivement intrusive par les autorités françaises.

Depuis 1980, la LBF interdit la communication de toute information économique, commerciale, industrielle, financière ou technique en réponse à une demande (a) d’une autorité publique étrangère lorsque cette communication est susceptible de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l’ordre public (article 1), ou (b) dans le but de recueillir des preuves pour des procédures judiciaires ou administratives étrangères (article 1bis), sauf si la demande est formulée par un tribunal en vertu de la Convention de La Haye sur la preuve ou d’un autre traité international.

Cependant, les tribunaux américains ignorent systématiquement la LBF lorsque cette loi est soulevée par des entreprises françaises, en raison de la décision de 1987 de la Cour suprême dans l’affaire *Aérospatiale*,⁴⁴ selon laquelle la Convention de La Haye sur l’administration de la preuve, loin d’être obligatoire, est simplement facultative, et exige que les tribunaux appliquent dans chaque cas une analyse particularisée des intérêts en jeu et notamment des « faits particuliers, des intérêts souverains et de la probabilité que le recours à ces procédures s’avère efficace ».

Cette divergence de vues sur la nature obligatoire de la Convention de La Haye dans l’administration de la preuve a placé les parties françaises dans une position difficile, devant choisir entre se conformer à la demande de communication préalable étrangère et s’exposer à des sanctions potentielles en France en vertu de la LBF, ou se conformer aux termes de la LBF et s’exposer à des sanctions dans la procédure étrangère.

En effet, les entreprises françaises se sont retrouvées sans assistance efficace de la part des autorités françaises face à ce dilemme ; il n’y avait pas d’examen ou d’avis d’une autorité administrative française qui aurait pu confirmer au tribunal étranger que les documents spécifiques demandés ne pouvaient pas être produits pour des raisons d’intérêts nationaux souverains français.⁴⁵

Historiquement, il y a eu peu de poursuites au titre de la LBF en France. En effet, la confirmation d’une condamnation pénale d’un avocat parisien par la Cour de cassation en 2007⁴⁶ n’a pas changé l’attitude des tribunaux américains à l’égard de la LBF, même si cette décision a donné de la substance à l’argument selon lequel de sérieux intérêts souverains français sous-tendent la LBF, ce qui pourrait inciter les tribunaux américains à accorder plus de poids aux intérêts français dans le test de mise en balance de la courtoisie de l’*Aérospatiale*.

Toutefois, la plupart des décisions américaines rendues depuis l'arrêt *Christopher X* ont considéré que la loi de blocage française ne méritait toujours pas d'être respectée.

Une stratégie réussie pour répondre aux demandes de communication de pièces utilisée par les entreprises françaises a été de se conformer volontairement aux demandes américaines en faisant nommer en application du Chapitre II de la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves un commissaire par le tribunal américain, qui est également approuvé par le ministère français de la Justice, et ce afin de pouvoir participer rapidement et efficacement à la communication de pièces américaines et ainsi se conformer pleinement au droit français et américain.⁴⁷ Cependant, la communication volontaire n'est généralement pas possible avec un témoin non coopératif ou un tiers, et il faut alors recourir à la contrainte qui n'est possible qu'en vertu des procédures plus lentes et plus lourdes du Chapitre I de la Convention de La Haye. En conséquence, malgré l'efficacité avérée des procédures volontaires, les tribunaux américains continuent de considérer, à de rares exceptions près,⁴⁸ que la LBF n'empêche pas la communication sous contrainte de documents situés en France en vertu du droit américain.

Afin de donner plus de « mordant » à la LBF et de protéger les intérêts souverains nationaux français de la portée extraterritoriale du droit américain, le parlementaire français Raphaël Gauvain a préconisé en 2019, dans son rapport écrit au gouvernement, d'augmenter les sanctions pénales attachées à la violation du LBF⁴⁹ Le Décret est une étape importante dans la mise en œuvre de ces recommandations et sont conçues pour contrer les revendications expansives d'extraterritorialité par les tribunaux ou les agences administratives étrangères afin de protéger les intérêts nationaux français.

Nouvelles procédures de « discovery » : l'avis du SISSE

Le Décret 2022-207 du 18 février 2022 (le « Décret ») et l'arrêté du 7 mars 2022 qui l'accompagne, modifient la procédure utilisée par les autorités françaises pour traiter ces demandes de preuves étrangères.

A compter du 1er avril, les demandes de communication de documents relevant de la LBF sont soumises à l'avis du SISSE qui instruit le dossier en liaison avec les ministères de la Justice et des Affaires étrangères.

Le Décret dispose que :

- Le ministre compétent aux fins de l'examen de l'LBF est désormais le SISSE,
- Le ministre de l'Economie informe à son tour le ministre des Affaires étrangères, le ministre de la Justice et, le cas échéant, le ministre compétent pour

However, most US decisions since the *Christopher X* decision have held that the French Blocking Statute still does not deserve deference.

One successful compliance solution used by French companies has been to comply voluntarily with US discovery requests by having a Commissioner appointed by the US court, and approved by the French Ministry of Justice, to be able to quickly and effectively participate in US discovery and thereby comply fully with both French and U.S. law. However, voluntary discovery is typically not available with an uncooperative or third party witness, when the compelled discovery only available under the slower and more cumbersome procedures of Chapter I of the Hague Evidence Convention must be used. Accordingly, despite the proven efficacy of the voluntary proceedings, US courts continue to find, with only rare exceptions, that the FBS does not prevent compelled discovery in France under US law.

To put more “teeth” into the FBS and to protect French national sovereign interests from the extraterritorial reach of US law, the French parliamentarian Raphaël Gauvain in 2019 advocated for increasing the criminal sanctions attached to the violation of the FBS in his written report to the Government. The Decree is an important step in implementing these recommendations and are designed to counter expansive claims of extraterritoriality by foreign courts or administrative agencies in order to protect French national interests.

New discovery procedures: the opinion of the SISSE

Decree 2022-207 of 18 February 2022 (the “Decree”) and the accompanying administrative order (“arrêté”) of 7 March 2022, modify the procedure used by the French authorities for processing such foreign requests for evidence.

As of 1 April requests for the disclosure of documents covered by the FBS are subject to the opinion of the SISSE which will examine the case in conjunction with the Ministries of Justice and Foreign Affairs.

The Decree provides that:

- The competent minister for the purposes of FBS review is now the SISSE,
- The Minister of Economy shall in turn inform the Minister of Foreign Affairs, the Minister of Justice, and, as the case may be, the

competent minister who supervises the activity of the persons and/or the corporations at stake involved in the foreign proceedings.

In practice, the SISSE must be informed “without delay” upon receipt of such a request and a complete file must be submitted by the French company to the SISSE with all relevant information about the foreign court request.

Conscious of the need for additional guidance, the French Business Federation (MEDEF), together with the SISSE and the French Association of Private Enterprises (AFEP), published a practical guide to help companies identify and classify the potentially sensitive documents that might fall within the scope of the FBS.

This reform will undoubtedly be useful to French companies that receive foreign discovery requests as they will be better able to explain to the foreign authority why such requests must be made in compliance with the FBS, or be able to justify their refusal to produce certain documents. However, it is not certain that the Decree, alone, will achieve its objectives.

Firstly, the non-binding advisory nature of SISSE opinions is likely to limit the influence such opinions have on foreign authorities, as they are only an opinion and are not enforceable decisions as would be orders of a judicial court.

Secondly, it is not clear whether the public prosecutor will now undertake more prosecutions under the FBS than it had previously, or whether private parties will file criminal complaints against foreign parties or their representatives in France when they are targeted with discovery requests that are not transmitted through existing international judicial assistance treaties or that potentially imperil French national interests.

Finally, even if the SISSE effects a complete review of the discovery request, its opinion may be discounted by a foreign court as being a biased administrative opinion lacking the requirements of adversarial due process (notice, hearing of all parties) that characterise judicial proceedings. Indeed, it seems quite paradoxical, and possibly counter-productive, that a request for discovery that might arrive from a foreign judicial authority be answered by an opinion from a French administrative authority.

la surveillance de l'activité des personnes et/ou des sociétés en cause dans la procédure étrangère.

En pratique, le SISSE doit être informé « sans délai » de la réception d'une telle demande et un dossier complet doit être soumis par la société française au SISSE avec toutes les informations pertinentes sur la demande de la juridiction étrangère.⁵⁰

Conscient de la nécessité d'un encadrement supplémentaire, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), en collaboration avec le SISSE et l'Association française des entreprises privées (AFEP), a publié un guide pratique pour aider les entreprises à identifier et à classer les documents potentiellement sensibles susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la LBF.⁵¹

Cette réforme sera sans aucun doute utile aux entreprises françaises qui reçoivent des demandes de communication de pièces dans le cadre de procédures et d'enquêtes étrangères, car elles seront mieux à même d'expliquer à l'autorité étrangère pourquoi ces demandes doivent être faites dans le respect du LBF, ou de justifier leur refus de produire certains documents. Cependant, il n'est pas certain que le Décret, à lui seul, atteigne ses objectifs.

Premièrement, la nature consultative non contraignante des avis du SISSE est susceptible de limiter l'influence de ces avis sur les autorités étrangères, car il ne s'agit que d'un avis et non de décisions obligatoires comme le seraient les ordonnances d'un tribunal judiciaire.

Deuxièmement, il n'est pas certain que le ministère public engage désormais davantage de poursuites en vertu de la LBF qu'il ne le faisait auparavant,⁵² ou que des parties privées déposeront des plaintes pénales contre des parties étrangères ou leurs représentants en France lorsqu'elles seront visées par des demandes de communication de documents qui ne sont pas transmises par les traités d'assistance judiciaire internationale existants ou qui mettent potentiellement en péril les intérêts nationaux français.

Enfin, même si le SISSE procède à un examen complet de la demande de communication préalable, son avis est susceptible d'être écarté par un tribunal étranger comme étant un avis administratif partial ne répondant pas aux exigences d'une procédure contradictoire (notification, audition des parties) qui caractérisent les procédures judiciaires. En effet, il semble assez paradoxal, et peut-être même contre-productif, qu'une demande de communication préalable qui pourrait émaner d'une autorité judiciaire étrangère reçoive une réponse sous la forme d'un avis sans contrainte d'une autorité administrative française.