



HAL
open science

Le droit de l'administration de la preuve et les lois de blocage aux Etats-Unis, en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et au Canada (Québec)

Daniela Borcan, Serge Bourques, Francis Limbach, Stuart Sime, Bertrand Stoffel, Marc Dal, Patrick van Leynseele

► To cite this version:

Daniela Borcan, Serge Bourques, Francis Limbach, Stuart Sime, Bertrand Stoffel, et al.. Le droit de l'administration de la preuve et les lois de blocage aux Etats-Unis, en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et au Canada (Québec). [Rapport de recherche] Ministère de la Justice. 2020. hal-02443833

HAL Id: hal-02443833

<https://hal.science/hal-02443833>

Submitted on 14 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES LOIS DE BLOCAGE

LE DROIT DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS, EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, EN BELGIQUE ET AU CANADA (QUEBEC)

Coordination, révision et synthèse par :

Daniela BORCAN, docteur en Droit, ingénieur de recherche, JURISCOPE – CNRS

Avec la collaboration de :

Serge BOURQUES, avocat, barreau de Montréal – rapport de droit américain

Francis LIMBACH, *Privatdozent*, Université Christian Albrecht, Kiel, chargé de cours,
Université de Strasbourg – rapport de droit allemand

Stuart SIME, Professeur, Université de Londres - City, avocat, directeur du
Programme de formation professionnelle pour les avocats – rapport de droit anglais

Bertrand STOFFEL, chercheur, Centre Paul-André Crépeau de droit privé et
comparé, Université McGill - rapport de droit canadien

Marc DAL et **Patrick Van LEYNSEELE**, avocats au barreau de Bruxelles – rapport
de droit belge

**Etude réalisée à la demande du Ministère de la Justice,
Service des affaires européennes et internationales, Paris**

SOMMAIRE

LES LOIS DE BLOCAGE

LE DROIT DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS, EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, EN BELGIQUE ET AU CANADA (QUEBEC)

SYNTHESE

- I. *Les droits nationaux de l'administration de la preuve*
- II. *Les commissions rogatoires internationales*
- III. *Les mécanismes nationaux de blocage*

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

ET L'ACCUEIL FAIT AUX LOIS ETRANGERES DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS

- I. LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES
 - A. *Les principes*
 - C. *Les cas particuliers*
- II. LES LIMITES A LA COMMUNICATION DES PREUVES
 - A. *Les principes de pertinence et de proportionnalité*
 - B. *Les ordonnances conservatoires*
 - C. *L'information dite privilégiée*
 - D. *Les secrets commerciaux et d'affaires*
 - E. *La loi relative à l'espionnage économique*
 - F. *Le droit du public à l'information*
- III. LES CONFLITS DE LOI EN MATIERE DE PREUVE
 - A. *La Convention de la Haye et les lois étrangères de blocage dans la jurisprudence américaine*
 - B. *Forum non conveniens*

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ALLEMAGNE

- I. LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES
 - A. *L'étendue et l'objet de la communication*
 - B. *La communication des informations électroniques*
 - C. *La protection des informations confidentielles*
- II. LES MECANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA US DISCOVERY
 - A. *Le mécanisme de droit procédural - le refus de coopération*
 - B. *Les mécanismes de droit substantiel*
- III. LES MECANISMES DE BLOCAGE ET CONVENTION DE LA HAYE
 - A. *Une conception allemande moniste ou dualiste ?*
 - B. *L'attitude des juridictions américaines face à la Convention de La Haye*
- IV. LA RECEPTION PAR LE JUGE AMERICAIN DES LOIS ALLEMANDES DE BLOCAGE

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

- I. LA COMMUNICATION DES PREUVES : PRINCIPES, LIMITES ET EXCEPTIONS
 - A. *Dispositions légales et common law*
 - B. *Divulgateion et examen des documents*
 - C. *Confidentialité*
 - D. *« Privilèges »*
- II. COMPARAISON DES DROITS ANGLAIS ET AMERICAIN
 - A. *Différences*
 - B. *Similitudes*
- III. LA PRODUCTION DES PREUVES A LA DEMANDE DES TRIBUNAUX ETRANGERS
 - A. *Le droit interne*
 - B. *La Convention de La Haye*
 - C. *Les lois anglaises de blocage*

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN BELGIQUE

- I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE
 - A. *L'étendue et l'objet de la communication*
 - B. *La protection des informations confidentielles*
- II. LES MÉCANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA *US DISCOVERY*
 - A. *Transport international et concurrence*
 - B. *Données personnelles et données électroniques*
- III. LES PROCÉDURES DE COMMUNICATION DE PREUVES À L'ÉTRANGER

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

AU CANADA (QUEBEC)

- I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE
 - A. *L'obligation de communiquer les preuves*
 - B. *Les limites à l'étendue et à l'objet de la communication*
 - C. *L'obligation de communication des données électroniques*
- II. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
 - A. *L'exécution des commissions rogatoires*
 - B. *Les lois de blocage*

SYNTHESE

Le présent rapport étudie cinq régimes juridiques d'administration de la preuve en matière civile et commerciale, dans un contexte international. Trois d'entre eux ont en partage la *common law* (les systèmes américain, anglais et québécois) et deux sont des systèmes de droit civil (les systèmes allemand et belge).

Parmi ces systèmes qui s'apparentent au sein de leurs familles respectives (I), le droit procédural américain se distingue par le caractère très large de sa production forcée des preuves dans la procédure de *pre-trial discovery* et par ses velléités extraterritoriales qui conduisent, à l'occasion de procédures de la compétence du juge américain, à imposer cette production à des parties étrangères, pour des preuves situées à l'étranger. Des mécanismes de droit procédural - les commissions rogatoires internationales (II) et des mécanismes de droit substantiel - les dispositions nationales de blocage (III) tentent d'apporter des réponses.

I. LES DROITS NATIONAUX DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Deux séries de différences saillantes apparaissent d'une part, entre les systèmes juridiques de *common law* et les systèmes de droit civil et d'autre part, sous une forme atténuée, entre le système américain et les systèmes anglais et québécois.

1. L'autonomie des parties et le rôle du juge dans la recherche des preuves.

Premièrement, dans les systèmes de *common law*, l'administration de la preuve est en grande partie initiée et conduite par les plaideurs et, pour une importante part, durant la phase exploratoire qui précède l'audience sur le fond. Les parties se communiquent mutuellement les pièces, s'adressent mutuellement des demandes de communication et procèdent à des interrogatoires des parties et des tiers, tendant à la recherche et à la vérification des faits allégués. Elles saisissent le juge seulement en cas de différent n'ayant pas été résolu par leur recherches préalables d'accord. Ce dernier se voit conférer essentiellement un pouvoir de contrôle et se garde de remplir un rôle trop actif dans la conduite de l'enquête.

Il est généralement reconnu que cette étape favorise la transparence des débats et la responsabilisation des parties, permet de circonscrire rapidement les questions en litige et facilite les transactions. Ce dispositif est, selon la jurisprudence fédérale américaine, destiné à « faire du procès moins un jeu de bluff à l'aveuglette et plus un juste débat où les questions fondamentales sont posées et les faits pertinents sont prouvés dans toute la mesure du possible ». La communication des pièces la plus complète possible, à laquelle les juges de *common law* sont naturellement attachés, est également encouragée par la Cour de cassation canadienne, comme par la Cour d'appel d'Angleterre.

Cependant, une tendance vers un encadrement croissant de cette phase exploratoire est à signaler notamment depuis l'informatisation croissante des données. Aux Etats-Unis, les amendements de 2015 des Règles fédérales de procédure civile tendent à compléter le principe d'autorégulation de la procédure par une position active du tribunal et à « conduire les juges à identifier et à décourager vigoureusement la surutilisation de la *discovery* ». En Angleterre, depuis 1998, la communication des pièces préalable au procès ne relève plus

seulement de l'initiative des parties mais est fondée sur les instructions de traitement des dossiers émises par les *procedural judges*. Egalement, la déposition d'un témoin prend la forme d'une consignation écrite, sans équivalent avec le large interrogatoire préalable des tiers qu'organisent les droits américain et québécois.

Dans les systèmes continentaux, l'instruction des affaires est conduite par le juge et l'autonomie des parties est beaucoup plus limitée. Nous pouvons toutefois signaler qu'en droit belge cette autonomie prend la forme d'accords procéduraux. Ce n'est qu'à défaut de tels accords que le juge ordonne les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

2. L'envergure de la recherche des preuves. Dans les systèmes de *common law*, le champ de la communication des pièces est très vaste, chaque partie étant autorisée à obtenir tout document se trouvant en possession de l'autre partie. Plusieurs limites traditionnelles existent.

Premièrement, tous les systèmes de *common law* admettent que ne peuvent être recherchés que les éléments pertinents, à savoir ceux qui ont un rapport avec le litige et permettent de faire avancer le débat. Cependant, la sphère des éléments pertinents est plus large aux Etats-Unis et plus réduite en Angleterre et au Québec. La règle américaine permet d'imposer à une partie de produire les documents pertinents que l'on sait être en sa possession, mais aussi de fournir des informations conduisant à déterminer quels sont les documents qui pourraient être en sa possession ; elle impose aussi que soient communiqués les noms et adresses de ceux qui pourraient éventuellement détenir des documents pertinents ; enfin, elle peut conduire à donner à une partie l'accès aux livres ou systèmes informatiques de l'autre partie.

Ces extensions du champ de la production forcée des preuves sont inadmissibles en Angleterre. De même, la Cour d'appel du Canada refuse d'autoriser les recherches au hasard dans les dossiers et documents de l'adversaire afin de tenter d'étayer les prétentions d'une partie, d'éroder la crédibilité de la partie adverse, de valider de simples hypothèses ou de découvrir des griefs encore inconnus. En matière de documents électroniques également, selon la Cour, les parties sont tenues de transmettre les documents requis uniquement. Dans les rares cas où cela pourrait se justifier, la Cour a défini les éléments que doit comporter toute ordonnance accordant l'examen des ordinateurs d'une partie. Ces extensions du champ de la production forcée des preuves rentrent dans un conflit encore plus flagrant avec les systèmes juridiques de droit civil. C'est en raison de ces extensions précisément que la *discovery* américaine est vue et critiquée depuis l'Angleterre ou le Canada comme depuis le continent européen, respectivement comme une *fishing expedition* (« partie de pêche »), une « recherche à l'aveuglette », ou une « croisade effrénée » dans les livres et systèmes informatiques de l'adversaire !

Deuxièmement, toute demande de communication de pièces doit être proportionnelle aux besoins de l'affaire. Aux Etats-Unis, depuis 2015, la proportionnalité est évaluée selon plusieurs critères légaux étayés par la jurisprudence, parmi lesquels : les enjeux (y compris sociétaux) et le montant du litige, la possibilité d'accès à ces pièces autrement qu'en exigeant leur communication par la partie adverse, leur utilité pour la solution du litige et le coût de leur production (en travail, temps et argent), l'intérêt de la communication ou de la non communication pour chacune des parties. Le juge sanctionne régulièrement l'abus de

discovery (en décidant qu'une partie ne peut utiliser le droit à la production d'information dans le but de harceler l'autre partie) ou, à l'inverse, l'évitement frauduleux de la *discovery*.

Troisièmement, la communication de certaines informations, tels les secrets d'affaires ou de commerce se trouve limitée, sur la base de dispositions légales aux Etats-Unis ou en vertu des pouvoirs du juge en Angleterre et au Canada. Régulièrement, les juges ordonnent l'aménagement des conditions de leur communication (communication sous scellés, consultation par le seul juge afin de décider si elles devront être communiquées ou pas, consultation en présence d'un tiers, etc.) et parfois, rejettent purement et simplement la demande de communication.

Bien que la possibilité d'enjoindre à une partie la production d'éléments de preuve en sa possession existe également dans les systèmes de droit civil, sa portée est beaucoup plus limitée. Sans surprise, traditionnellement, en Allemagne et en Belgique, chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue. Une évolution est à signaler en Allemagne où, depuis 2001, une modification du code de procédure civile, assimilée par certains observateurs à un rapprochement des règles américaines en la matière, permet au juge allemand d'exiger de la partie détentrice d'un document de le produire, même s'il ne lui est pas favorable, à la seule condition que ce document ait été cité par la partie détentrice ou par son adversaire avec un minimum de précision, qu'il permette de trancher un point litigieux et que sa production ne demande que peu d'efforts de la part de son détenteur.

3. La connaissance des droits nationaux en conflit lors d'une procédure américaine, à l'appui de la défense de la partie étrangère. Il ressort, à l'analyse de la jurisprudence américaine, que dans la recherche de la vérité le juge américain respecte l'autonomie des parties et applique en cas de désaccord de celles-ci, son droit national. Par conséquent et à l'évidence, la partie étrangère menacée de produire des preuves se trouvant dans son pays, peut se défendre de la même manière que le ferait une partie américaine, dans un premier temps en négociant des accords de preuve aussi favorables que possible et dans un second temps, en comptant sur les larges pouvoirs d'appréciation du juge dans l'évaluation des critères de pertinence, de proportionnalité et de l'ensemble des règles régissant la preuve. C'est précisément cette solution qu'indique le juge belge en invitant ses propres justiciables qui lui demandait sa protection contre une ordonnance américaine de production des preuves, à se défendre devant le juge américain (affaire *Dendermonde*, 2000). C'est également cette solution qu'indique le rapporteur américain à la présente étude qui souligne que le juge américain est plus sensible aux « objections » de la partie étrangère si elle définit l'information qu'elle peut légalement fournir et si un dialogue s'établit entre le juge américain et l'Autorité étrangère éventuellement responsable de l'application de la loi relative à l'information protégée.

II. LES COMMISSIONS ROGATOIRES INTERNATIONALES

4. La Convention de La Haye du 18 mars 1970 et les dispositions québécoises régissant les commissions rogatoires. Cette convention offre un moyen de lutte contre les velléités extraterritoriales de la législation américaine : l'obtention des preuves à l'étranger par le biais des commissions rogatoires internationales. Elle s'applique uniquement entre États parties, à savoir, quant aux pays concernés par la présente étude, les Etats-Unis, la Grande-

Bretagne, l'Allemagne et la France. Nous retrouvons le recours aux commissions rogatoires au Québec, sur la base des dispositions provinciales.

Prenant en considération la singularité de la *pre-trial discovery of documents*, procédure de *common law*, la Convention (art. 23) permet à tout Etat partie de « déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet [cette] procédure ». La France, l'Allemagne et la Grande Bretagne ont fait une telle déclaration. La France a nuancé sa déclaration dès 1987 ; depuis, son refus d'exécution « ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige ». La déclaration de la Grande-Bretagne spécifiait dès l'origine que son refus d'exécuter concernait uniquement les requêtes visant à découvrir quels documents, non spécifiés dans la commission rogatoire, pouvaient se trouver en la possession d'une personne et à obtenir leur communication. En Allemagne, un projet de loi de décembre 2016 avaient envisagé de remplacer le refus pur et simple des commissions rogatoires par une acceptation dans les limites des règles de procédure nationales telles que modifiées en 2001 (cf. ci-dessus). Très attentive à la position de la France en la matière, la Commission du Bundestag a préféré rejeter le projet comme ayant peu de chances de pouvoir infléchir le choix du juge américain d'appliquer son droit interne en lieu et place du droit international.

En effet, depuis l'affaire *Aérospatiale* (1987), les juges américains saisis d'une demande d'obtention de preuves situés à l'étranger, considèrent les commissions rogatoires régies par la Convention de la Haye comme un moyen parmi d'autres. L'efficacité de ces commissions rogatoires en termes de simplicité et de temps est souvent jugée insuffisante : « généralement fastidieuses, nécessitant beaucoup de temps », « leur exécution peut prendre jusqu'à six mois » (affaires *Trueposition*, 2012 et *Global Power*, 2009, à l'encontre de défenseurs français) ; « les défendeurs préfèrent parfois la Convention afin de ralentir ou de limiter la communication des preuves » (affaire *Trueposition*). Le juge américain les abandonne au profit de sa procédure nationale d'obtention des preuves, qu'il impose aux parties étrangères.

5. L'accueil par le juge américain. A la question de savoir si le fait d'agir, par les moyens de la politique judiciaire et de la coopération internationale, dans le sens d'une amélioration de l'efficacité et de la rapidité des commissions rogatoires permettrait leur meilleur accueil par le juge américain, une réponse positive serait appuyée par les exigences expresses de la jurisprudence américaine et par l'objectif affiché de la Convention de la Haye (art. 9, al. 3) : « la commission rogatoire doit être exécutée d'urgence ».

Cependant, la réponse négative semble s'imposer suite à une observation plus approfondie de la jurisprudence américaine. L'analyse qu'en fait la doctrine allemande est notamment dans ce sens. Elle soutient l'idée que la pratique des juges américains, même si elle est regrettable du point de vue de la politique judiciaire, ne constitue pas une violation de la souveraineté de l'État allemand. Les auteurs estiment que le droit international public s'oppose seulement à ce qu'un État, pour se procurer un document ou un autre moyen de preuve qui s'y trouve, se livre à une enquête sur le territoire d'un autre État, surtout lorsqu'il y emploie des moyens de coercition directe. Serait en revanche licite l'injonction d'un juge américain faite à l'une des parties de l'instance de produire des documents situés en Allemagne que la partie concernée serait amenée à y apporter elle-même, sous peine de perdre le procès et on avance volontiers l'argument d'une pratique équivalente des tribunaux allemands. L'on relève qu'en Allemagne aussi, le cours d'une multitude de litiges transfrontaliers serait sérieusement entravé s'il fallait

emprunter la voie d'une commission rogatoire à chaque fois que l'une des parties a son siège et, par conséquent, conserve ses actes et ses dossiers, de l'autre côté d'une frontière. Dans l'affaire *Anschuetz* (1985) impliquant une partie allemande, le juge américain avait décidé que la Convention de La Haye ne s'opposait pas à ce qu'une juridiction américaine évalue les moyens de preuve initialement situés à l'étranger mais amenés sur le sol américain par la partie qui en avait la possession.

Au Québec, la communication des preuves présentes sur le territoire québécois à des autorités judiciaires étrangères se voit limitée par les règles relatives à l'exécution des commissions rogatoires. Les tribunaux refusent d'ordonner l'exécution de commissions rogatoires trop vagues ou dont la portée est extrêmement large, qu'ils estiment être des « recherches à l'aveuglette » (affaire *ZTE USA inc*, 2016).

III. LES MECANISMES NATIONAUX DE BLOCAGE

6. Les mécanismes nationaux de blocage. Face au contournement des mécanismes de la Haye par la justice américaine, les Etats ont eu recours à un autre moyen de lutte contre les tendances extraterritoriales américaines. Diverses dispositions nationales de blocage interdisent aux ressortissants du pays la communication de certaines informations aux autorités judiciaires étrangères, sous peine d'encourir des sanctions.

En Allemagne et en Belgique il n'existe pas de loi de blocage à proprement parler, mais des lois pour la protection des données personnelles et un principe constitutionnel protégeant le secret d'affaires (en Allemagne).

Au Québec, la loi provinciale sur les dossiers d'entreprises de 1964 qui remplace une ancienne loi de 1958 prohibe l'envoi des documents d'une entreprise, à l'extérieur du Québec, à la demande d'une autorité législative, administrative ou judiciaire étrangère. Son adoption semble être le fruit d'une volonté politique d'empêcher certaines formes de harcèlement judiciaire ou politique d'entreprises locales par des autorités américaines. Les tribunaux québécois appliquent largement cette interdiction, ce qui paralyse bien des procès intentés à l'étranger contre des entreprises québécoises par l'impossibilité de communication de la preuve (alors que, au niveau interprovincial, en vertu des dispositions de la Constitution de la fédération, la Cour suprême du Canada a déclaré cette loi inapplicable aux demandes provenant d'autorités d'autres provinces ou territoires au Canada).

7. L'accueil par le juge américain. Ces dispositions nationales, invoquées par les parties étrangères qui s'opposent à une demande de communications de pièces dans une procédure américaine, sont reçues de façon différenciée par le juge américain.

Elles sont d'abord jaugées à l'aune du **principe de *common law* selon lequel le tribunal apprécie souverainement le risque effectivement encouru par le défendeur d'être sanctionné par une autre juridiction**. Ainsi, un défendeur suisse s'est vu concéder le recours à la commission rogatoire, dans le respect de sa loi nationale, « loi suisse connue et ancienne relative au secret bancaire », édictant des sanctions pénales, administratives et civiles (affaire *S.E.C. v ; Stanford*, 2011). Il ne semble pas que ce soit la gravité des sanctions encourues, mais le caractère ancien de cette loi et son but autre que celui de faire obstacle à la procédure américaine qui ont justifié son accueil par le tribunal américain. A l'opposée, la loi française de blocage est systématiquement écartée comme ayant pour but non pas de sanctionner les

ressortissants français de peines pénales en cas de communication de preuves à l'étranger, mais seulement de leur permettre de contourner la procédure américaine de recherche de la vérité. Un arrêt cite des propos ayant eu cette teneur dans un rapport préparatoire du projet de la loi française (affaire *Adidas (Canada) LTD*, 1984), ou le fait qu'une agence du gouvernement français ait pu rechercher l'application de certaines dispositions du droit américain, alors qu'une autre demande à échapper à l'application d'autres dispositions de ce même droit (*Compagnie Française d' Assurance pour le Commerce Extérieur*, 1984).

Elles sont aussi jaugées à l'aune des **autres principes de droit américain gouvernant l'administration de la preuve** (cf. ci-dessus, I). Les preuves recherchées peuvent-elles être obtenues autrement que sur le territoire de l'Etat étranger ? L'intérêt de la justice américaine d'obtenir la production des preuves situées à l'étranger est-il supérieur à l'intérêt de l'Etat étranger de refuser cette production ? Les preuves recherchées sont-elles toutes pertinentes ?

Dans une affaire *AG Volkswagen* (1995), l'intérêt de la justice américaine d'obtenir la production des preuves situées en territoire allemand, alors qu'il y avait une possibilité de trouver ces preuves en territoire américain où les documents avaient été générés, a été estimé inférieur à l'intérêt de l'Etat allemand d'assurer la protection des données personnelles selon sa loi faisant interdiction de communication à l'étranger. Dans une affaire *In re Vitamins Atitrust Litig.* (2001), l'invocation de la même loi allemande de protection des données personnelles a conduit le juge américain non pas à renoncer à la production des preuves situées en territoire allemand mais à enjoindre aux parties de convenir d'une production des preuves à la fois plus limitée et aménagée, de façon à éviter à la partie allemande les sanctions pénales dans son pays. En application du principe de la pertinence, a également été reçue par le juge américain la demande de l'Autorité bavaroise de la protection des données tendant à ce que la partie allemande soit tenue à une production mieux circonscrite et plus restreinte des preuves (2010).

En revanche, suite à une mise en balance des intérêts en présence, dans une affaire portant sur des dommages causés par des actes de terrorisme, a été rejeté le refus de produire les preuves demandées par la partie française qui invoquait sa loi de blocage. L'intérêt des Etats américain et français à combattre le terrorisme a été jugé supérieur à l'intérêt de l'Etat français de conserver souverainement l'information à l'intérieur de ses frontières (*Strauss v. Crédit Lyonnais S.A.*, 2008).



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

ET L'ACCUEIL FAIT AUX LOIS ETRANGERES DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS

Les règles de preuve inscrites dans les lois fédérales américaines sont nettement différentes de celles des pays de droit civil. Elles reposent sur l'échange complet des éléments de preuve entre les parties et ce, préalablement au procès (I). Il existe néanmoins de limites et des restrictions légales à cet échange ; les tribunaux jouent un rôle important dans ce domaine (II). Enfin, ce processus a des incidences internationales notables. A ce titre, seront analysées les règles de la Convention de la Haye et celles de la loi américaine. Une attention particulière est accordée à la réception par les tribunaux américains de la loi de blocage française et à la jurisprudence américaine relative aux conflits de lois en matière de preuve (III).

I. LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES

A. LES PRINCIPES

La production des preuves (*disclosure*, « divulgation ») aux États-Unis est principalement le fait des parties elles-mêmes. Le Code fédéral de procédure civile (*Federal Rules of Civil Procedure* - ci-après *FRCP*) sert de guide pour cette démarche. Si la disposition de base se trouve à l'article 26 (*Rule 26*, « Règle 26 »), pour en saisir la portée, il faut tenir compte de l'ensemble du titre (*Rules 26 - 37*)¹.

En principe, les tribunaux fédéraux devraient appliquer le droit de l'État dans lequel ils siègent car, bien que l'État fédéral ait promulgué ses règles de procédure, les États ont également compétence pour régir le processus judiciaire et possèdent leurs propres tribunaux. Pour éviter une diversité de règles et les risques de conflit qui en découleraient, la plupart des États ont adopté des dispositions similaires à celles du *FRCP*. Ce sont donc ces règles qui s'appliquent dans la plupart des cas sur l'ensemble du territoire de la fédération.

1. LES COMMUNICATIONS MUTUELLES SPONTANÉES DES PARTIES

Une fois sa demande initiale introduite, le demandeur est tenu d'organiser une réunion des parties afin de définir le processus de « divulgation ». Cette réunion doit avoir lieu le plus tôt possible et, dans tous les cas, au moins 21 jours avant le moment prévu pour la première production des preuves. Les parties doivent convenir d'un « plan d'enquête » qu'elles soumettent au tribunal dans les 14 jours suivant leur réunion. Ce plan comporte leurs propositions concernant : les limites à la divulgation, le calendrier de gestion des conflits éventuels et les délais de chaque étape de la procédure jusqu'à la date choisie comme date de fin de la procédure.

Les parties sont tenues de se communiquer mutuellement [« déclarations initiales », *initial disclosure*, *Rule 26 a*], dans les 14 jours suivant la réunion, les renseignements suivants : les noms et coordonnées des personnes qui possèdent des informations pertinentes ; une copie de tous les documents et sources d'information, y compris électroniques, utiles à chaque

¹ Rocco, Katherine, « Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure : In the Interest of Full Disclosure? », *Fordham Law Review*, Vol. 76, p. 2227 et 2008, <https://ssrn.com/abstract=1317058>. Pour un résumé, voyez *Federal Rules Of Civil Procedure Regarding Discovery*, uslegal.com.

partie, dans les limites posées par les FRCP ; une description complète des dommages-intérêts réclamés et de leur fondement ; la copie des contrats d'assurance en vertu desquels un assureur serait susceptible de couvrir les dommages-intérêts et les coûts du procès et enfin, la liste des témoins que chaque partie souhaite faire témoigner, accompagnée d'un résumé du témoignage.

Le principe le plus important du processus probatoire, introduit en 1993 [Règle 26, (a)], consiste donc dans la divulgation spontanée : chacune des parties doit communiquer à l'autre les pièces justifiant ses prétentions sans que l'autre partie n'ait à en faire la demande. Le non-respect de cette obligation peut rendre ces moyens de preuve inadmissibles. Cette obligation concerne les seuls moyens de preuve à l'appui des prétentions de la partie qui les communique et ne concerne en aucune façon des pièces pouvant lui porter préjudice.

2. LES COMMUNICATIONS SUR DEMANDE DE LA PARTIE ADVERSE OU SUR ORDRE DU JUGE

Les règles 26(b) et 34 permettent à chaque partie d'adresser à l'autre des demandes de communication de documents complémentaires. Les documents doivent être en rapport avec la cause et être suffisamment identifiés. La partie requise doit fournir les (copies des) documents demandés ou permettre à la partie demanderesse l'accès aux informations demandées, ce qui peut conduire à donner accès à ses livres, à ses locaux, à son système informatique.

La partie qui s'oppose à la demande de renseignements formulée par son contradictoire, doit communiquer par écrit ses raisons. Les parties sont alors tenues de négocier de bonne foi pour parvenir à un accord, sous peine d'amende. À défaut d'accord, la partie qui exige les informations demande au tribunal d'astreindre l'autre partie à la communication, par une ordonnance dite de divulgation.

Les limites à ces vastes communications de moyens de preuve sont exposées ci-dessous (*infra* II).

3. L'OBTENTION DES PREUVES A L'ETRANGER

En vertu des *FRCP*, les parties peuvent solliciter une *discovery* sur autorisation judiciaire, avant même que la compétence de la juridiction en raison de la personne du défendeur ne soit établie² ou sans cette autorisation, portant sur des informations non confidentielles, pertinentes en demande ou en défense.

Les Règles 28 et 30 régissent les dépositions des témoins et décrivent les différentes modalités légales pour obtenir ces dépositions dans un pays étranger :

1) conformément à un traité ou à une convention applicable ;

2) au moyen d'une « lettre rogatoire » qui peut prendre la forme d'une commission rogatoire, mais pas nécessairement. Une demande préalable est adressée à une personne autorisée à faire prêter serment et à enregistrer le témoignage en vertu de la loi du pays où elle se trouve ou en vertu de la loi américaine ou à une personne autorisée par le tribunal lui-même. La référence aux commissions rogatoires a été introduite à cet article en 1993, afin de

² *In Re Vitamins Antitrust Litigation*, 120 F. Supp. 2d 45 (D.D.C. 2000), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/120/45/2499634/>

rendre effectifs les engagements des Etats-Unis en tant que signataires de la Convention de La Haye au sein de laquelle la commission rogatoire constitue la principale méthode d'obtention de preuves à l'étranger. Cependant, selon le Département d'État américain, elle constitue « un mécanisme lourd et chronophage qui ne devrait être utilisé qu'en dernier ressort »³ ;

3) au moyen d'une « lettre de requête ». Il s'agit d'une demande d'un tribunal saisi d'une instance en cours pour laquelle des informations sont nécessaires. La demande est transmise par le Département d'État ou par le bureau consulaire à un tribunal étranger afin que celui-ci recueille le témoignage d'un témoin se trouvant sous sa juridiction. Le tribunal étranger renvoie la consignation du témoignage ou un résumé au tribunal requérant. La procédure à suivre est précisée dans la circulaire du Département d'État et dans les règlements fédéraux⁴.

4) au moyen de dépositions sur avis (*Rule 30(b), FRCP*). C'est la méthode la plus simple. La partie qui la demande a besoin seulement de préciser par écrit et de signifier aux autres parties le nom et l'adresse du témoin, l'heure et le lieu de la déposition et la méthode par laquelle le témoignage sera enregistré. Cette procédure ne peut être mise en œuvre que si le témoin accepte volontairement de faire la déposition ou si la partie requérante a le pouvoir d'obliger l'y obliger ;

5) au moyen d'une déposition devant un commissaire. Il s'agit d'une procédure similaire à celle des dépositions sur avis mais qui se déroule devant une personne désignée ou au sein d'un bureau consulaire. Elle suppose une ordonnance du tribunal pour nommer la personne ;

6) au moyen des dépositions des parties. « Une partie peut recevoir le témoignage de toute personne, y compris d'une autre partie, lors d'un interrogatoire oral et sans autorisation judiciaire » (*Rule 30, FRCP*). Cette règle s'applique quel que soit le lieu de situation du témoin, aux Etats-Unis ou dans un pays étranger⁵.

Toutes les méthodes régies par la Règle 28(b) sont également disponibles lors d'une procédure à l'étranger et la partie étrangère requise doit se soumettre à l'interrogatoire sous peine des sanctions prévues à la Règle 37.

Ajoutons que la Règle 30 s'applique également aux « dirigeants, administrateurs ou agents de gestion » de la partie étrangère. Une partie requérante peut donc obtenir que ces personnes soient tenues de témoigner.

C. LES CAS PARTICULIERS

1. L'IMPEACHMENT

La Règle 26 qui oblige chaque partie à communiquer l'identité de tous les témoins qu'elle entend appeler à l'appui de ses prétentions, ne s'applique pas aux témoins de la défense dans

³ U.S. Department of State Circular, *Obtaining Evidence Abroad*, 105, http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial_688.html.

⁴ David W. Ogden, Sarah G. Rapawy, *Discovery in Transnational Litigation: Procedures and Procedural Issues*, ABA Business Law Section Spring Meeting, March 16, 200, <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0058/materials/pp1.pdf>

⁵ Voir *Alcan Intern. Ltd. contre S.A. Day Mfg. Co.*, 176 F.R.D. 75, 78 (W.D.N.Y. 1996).

la procédure pénale spéciale dite de l'*impeachment*⁶. Si cette procédure est surtout utilisée en matière pénale, elle peut l'être également dans les affaires civiles.

Dans cette procédure, les preuves ne tendent pas à renforcer la défense (à établir que le défendeur est innocent) mais à affaiblir l'accusation (à affaiblir les preuves selon lesquelles le défendeur serait coupable), par exemple en affaiblissant la crédibilité des témoins de l'accusation.

Dans l'affaire Brady, la Cour Suprême⁷ a posé le principe selon lequel lorsque la fiabilité d'un témoin clé est déterminante pour la décision à rendre dans l'affaire, « la non-divulgence, par l'accusation, de la preuve qui affecte la crédibilité d'un témoin-clé de l'accusation » vaut « suppression de preuves matérielles » et justifie la reprise de la procédure (un nouveau procès).

Le principe de l'*impeachment* concerne aussi toute preuve susceptible de modifier l'évaluation par le jury de la crédibilité d'un témoin de l'accusation, telles que des déclarations antérieures du témoin incompatibles avec le contenu de son témoignage produit par l'accusation (par exemple une déclaration antérieure disculpant la partie défenderesse), la preuve d'actes malhonnêtes du témoin qui conduiraient à une évaluation différente de sa personnalité [608 (b), *Federal Rule of Evidence*], la preuve que le témoin a un parti pris contre l'accusé ou un intérêt à le voir condamner, qu'il a reçu une récompense ou une promesse de récompense en échange de sa coopération avec l'accusation.

2. LA E-DISCOVERY

1. Les règles légales

En 1970, les *FRCP* ont été modifiées dans le sens de leur adaptation aux nouvelles technologies. La preuve par des documents électroniques (*Electronically Stored Information, ESI*) ou la *e-discovery* est désormais expressément régie par la Règle 34⁸.

Lorsque des données électroniques ne peuvent être obtenues qu'à travers le système informatique du défendeur à la procédure de *discovery*, à savoir celui à qui on demande l'information, celui-ci est tenu d'utiliser son propre système informatique pour rendre les données accessibles à l'autre partie. Les entreprises peuvent se voir obligées de produire, parfois à grand frais, des données électroniques : messages électroniques (e-mails), logiciels, systèmes de messagerie vocale, supports de stockage informatiques, bandes de sauvegarde, etc.

⁶ Case 8:04-cv-01024-CBD Document 65 Filed 05/26/06 Federal DISTRICT COURT OF MARYLAND. RENEE NEWSOME, v PENSKE TRUCK LEASING CORPORATION, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-mdd-8_04-cv-01024/pdf/USCOURTS-mdd-8_04-cv-01024-0.pdf

⁷ Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 87 (1963), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>
Giglio v. U.S., 405 U.S. 150, 154 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/case.html>

⁸ *The Advisory Committee* (Comité consultatif), https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_36.

La communication de documents électroniques demeure assujettie aux principes traditionnellement inscrits aux Règles 26 et 34⁹. Cela implique que la partie à qui les informations sont demandées doit supporter les frais de recueil et de communication des informations, sauf lorsqu'elle en est exonérée totalement ou partiellement par une ordonnance du tribunal (*protective order*) rendue en vertu de la Règle 26 (c)¹⁰.

La communication des documents électroniques (ESI) est régie par les Règles suivantes :

- 26(a)(1)(A)(ii) ajoute les documents électroniques à la liste des informations que chaque partie doit divulguer spontanément à l'autre pendant les étapes initiales du litige ;

- 26(b)(2) stipule que la production de ces documents n'a pas lieu d'être dès lors qu'elle implique une quantité de travail, un temps ou un coût excessifs [voyez notamment le (B) de cette Règle] ;

- 26(b)(5)(B) permet un « retrait » des documents déjà produits, dès lors que ceux-ci s'avèrent « protégés », à savoir par exemple, confidentiels. La partie qui en a reçu communication est tenue de « les remettre rapidement, de les mettre sous séquestre ou de les détruire ». La question de la confidentialité des documents communiqués ou à communiquer peut faire l'objet d'une décision du tribunal ;

- 26(f) exige que la production des documents électroniques fasse l'objet de discussions des parties lors de leur réunion préliminaire, en vue de l'obtention d'un accord sur la forme de cette production et sur la protection de l'information ainsi produite. Les parties peuvent également convenir des demandes à adresser au tribunal tendant à obtenir une « ordonnance de protection » (*protective order*) laquelle permettra à une partie de ne pas communiquer certaines informations ;

- 34(a). La partie qui refuse de communiquer en raison du caractère massif du volume des données demandées et/ou de leur non-pertinence, sera tenue de communiquer l'ensemble de ces données dès lors que l'autre partie, ayant limité sa demande à un échantillon des données, prouve que des informations pertinentes s'y trouvent ;

- 34(b) permet à la partie requérante de spécifier le format dans lequel elle souhaiterait que les documents électroniques soient produits ;

- 33(d) permet à la partie défenderesse de répondre à la demande de production d'informations commerciales, en donnant accès à ses registres, y compris électroniques, à charge pour l'autre partie d'en faire autant.

2. La jurisprudence

Depuis l'informatisation des données vers les années 1970, le principe d'un échange préliminaire, qui aurait lieu strictement entre les parties, s'effrite. La complexité, l'importance et les coûts associés à la preuve par des données électroniques exige une participation accrue du tribunal.

⁹ Voir FED. R. CIV. P. 26, 34; Anti-Monopoly; http://itlaw.wikia.com/wiki/Anti-Monopoly,_Inc._v._Hasbro 1; Crown Life Ins. Co. v. Craig, 995 F.2d 1376, 1383 (7th Cir. 1993); and Nat'l Union Elec. Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., 494 F. Supp. 1257, 1259 (E.D. Pa. 1980), <https://www.fenwick.com/fenwickdocuments/ediscovery.pdf>

¹⁰ Oppenheimer Fund, Inc. v. Sander, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/340/>

Trois arrêts majeurs règlent la question de la charge des coûts de la communication des documents électroniques, en appliquant la règle 26 (b)(2) avec l'intention de protéger la partie tenue de communiquer les documents demandés contre des charges excessives liées à cette communication, en clarifiant les situations dans lesquelles les tribunaux devraient envisager le transfert de coûts du défendeur (requis de produire) au demandeur (à la production des documents) et définissant un « test » permettant de déterminer la répartition des coûts entre les parties.

Dans l'arrêt *McPeek contre Ashcroft* de 2001¹¹, le tribunal a ordonné à la partie tenue de communiquer l'information de restaurer les sauvegardes d'e-mails, tout en limitant cette obligation à une période de temps d'une année seulement. Le tribunal avait jugé qu'il y avait ainsi une probabilité suffisante de trouver des e-mails pertinents ce qui justifiait le fait de mettre à la charge de la partie tenue de produire, les coûts de cette production.

Dans l'affaire *Rowe Entertainment Inc. v. The William Morris Agency* de 2002¹², la partie tenue de produire a sollicité une ordonnance l'autorisant à ne pas communiquer des e-mails stockés sur ses disques de sauvegarde. Le tribunal l'a déboutée mais a décidé qu'il y avait lieu de mettre les coûts de la restauration et de la production des e-mails à la charge de la partie ayant demandé la communication des e-mails. Le tribunal a créé et appliqué un « test de transfert de coûts » à huit facteurs, partiellement repris en 2003 dans *Zubulake v. UBS Warburg*¹³, l'arrêt fondamental pour ce débat.

Lors d'une action formée par un employé contre son ancien employeur, en raison d'un traitement discriminatoire, l'employé avait demandé la production de « toute communication par ou entre les employés concernant le demandeur ». Alors que l'employeur avait produit 350 pages de documents, dont environ 100 pages d'e-mails, le demandeur qui connaissait l'existence d'e-mails supplémentaires avait exigé la production de ceux-ci à partir des archives informatisées de l'employeur.

Invokant le caractère excessif des coûts et du temps nécessaire pour la production des données, l'employeur a demandé au tribunal de mettre ces coûts à la charge de l'employé (demandeur à la production de données), en citant la décision *Rowe*. Le tribunal a décidé que l'application des critères retenus par la décision citée aurait entraîné un avantage disproportionné au profit d'un défendeur nanti tel l'employeur dans l'affaire de laquelle il était saisi. Il a par conséquent modifié le « test » retenu dans l'affaire *Rowe* en retenant seulement sept facteurs. Par conséquent, il a ordonné à l'employeur (défendeur à la production de données) de produire à ses frais tous les e-mails pertinents se trouvant sur ses disques optiques, ses serveurs actifs et sur les cinq cassettes de sauvegarde indiquées par l'employé.

L'arrêt *Zubulake* a donc consolidé le test retenu dans l'arrêt *Rowe* sur sept facteurs que les tribunaux doivent désormais considérer lors de débats semblables :

- (1) dans quelle mesure la demande est-elle bien dirigée, c'est-à-dire à même d'aboutir à la production d'informations pertinentes ;

¹¹ *McPeek v. Ashcroft*, 202 F.R.D. 31 (D.D.C. 2001), <https://casetext.com/case/mcpeek-v-ashcroft-3>

¹² *Rowe Entertainment Inc. v. The William Morris Agency, Inc.* 205 F.R.D. 421, 429 (S.D.N.Y. 2002). https://www.yalelawjournal.org/pdf/864_zyh38dmi.pdf

¹³ *Zubulake c. Warburg, LLC.* 217 F.R.D. 309, 312 (S.D.N.Y. 2003), <https://casetext.com/case/zubulake-v-ubs-warburg-llc-6>

- (2) la disponibilité de ces informations auprès d'autres sources ;
- (3) le coût total de la production des informations par rapport au montant du litige ;
- (4) le coût total de production par rapport aux ressources de chacune des parties ;
- (5) la capacité de chacune des parties à contrôler les coûts de production et son intérêt à le faire ;
- (6) l'importance des informations recherchées pour la solution du litige et
- (7) les avantages que la production des informations recherchées procurerait à chacune des parties.

Le tribunal a précisé que les six premiers facteurs retenus par lui correspondent aux trois critères légaux de la Règle 26(b)(1) [à l'époque de l'arrêt, ancienne Règle 26(b)(2)(iii)] et que l'évolution ainsi introduite par rapport au test de l'arrêt Rowe permettait de mieux accommoder le principe légal traditionnel selon lequel la charge des coûts de production des données pèse sur le défendeur avec le droit pour celui-ci de demander au juge de l'en décharger ne serait-ce que partiellement, droit issu de la jurisprudence.

3. La loi fédérale Sarbanes-Oxley

En 2002, le Congrès des États-Unis a adopté la loi Sarbanes-Oxley (*Sarbanes-Oxley Act 2002*), un ensemble complexe de dispositions applicables à toutes les sociétés cotées en bourse, qui crée des obligations nouvelles y compris en matière de sauvegarde de documents et de transparence financière.

Étant donné l'importance de ces sociétés, et par conséquent celle des litiges dans lesquels elles peuvent se trouver impliquées, la production de données électroniques à l'occasion de procédures de *discovery* constitue une préoccupation majeure. Comme dans tout autre litige, il appartient au tribunal d'appliquer les critères dégagés dans l'arrêt *Zubulake* afin de décider quelle partie doit supporter la charge des coûts de la production des données électroniques. Ces critères apportent une amélioration considérable par rapport aux approches antérieures mais ne constituent pas une panacée.

Un groupe d'experts¹⁴ a mis en évidence le fait que leur application peut occasionnellement produire des résultats nocifs ou injustes, et ce, de trois façons. Premièrement, le fait que la règle de la répartition des coûts de production est désormais nuancée, encourage indirectement le chantage. Une grosse société qui a pourtant les moyens nécessaires à la production des données qu'elle détient, peut brandir le risque de coûts importants à la charge de son contradictoire. Deuxièmement, les critères de l'arrêt *Zubulake* favorisent l'évitement de la *e-discovery*. Les parties qui possèdent les données électroniques susceptibles d'être recherchées lors d'une *e-discovery* peuvent « préventivement » utiliser des systèmes de sauvegarde inefficaces qui entravent la production de données et induisent des coûts de production trop onéreux conduisant au rejet de la demande de production. Enfin, avec la loi Sarbanes-Oxley, les critères de l'arrêt *Zubulake* peuvent être vus comme inéquitable dans la

¹⁴ The Sedona Conference Working Group Series, *The Sedona Principles : Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production*, at 4, (Mar. 2003), <http://www.thosedonaconference.org/miscFiles/SedonaPrinciples200303>.

mesure où les sociétés cotées seront généralement obligées de divulguer plus de documents numériques que leurs homologues non cotés en bourse.

Selon le groupe d'experts cité, ces trois éléments négatifs ne sont pas le résultat de mauvaises décisions judiciaires, mais découlent plutôt de la difficulté d'extrapoler les règles traditionnelles aux supports numériques en évolution constante.

II. LES LIMITES A LA COMMUNICATION DES PREUVES

L'obligation de communication connaît un certain nombre de limites légales et jurisprudentielles.

A. LES PRINCIPES DE PERTINENCE ET DE PROPORTIONNALITE

Seules les informations « pertinentes pour appuyer la demande ou la défense de la partie » doivent être communiquées (Règle 26(b)(1), *FRCP*). Un élément de preuve est pertinent dans la mesure où il est susceptible d'établir, en tout ou en partie, un fait qui forme l'objet du procès. Il n'est pas nécessaire que cet élément de preuve soit retenu par le tribunal ; il suffit qu'il soit admissible.

Parmi les amendements majeurs apportés aux *FRCP* le 1er décembre 2015, il faut souligner l'importance accrue accordée au concept de proportionnalité (Règle 26(b)(1), *FRCP*)¹⁵. En effet, les informations pouvant être demandées et obtenues dans la procédure de *discovery* doivent être « proportionnelles aux besoins de l'affaire ». Six critères légaux sont à considérer pour déterminer si la demande d'informations est proportionnelle :

- l'importance des enjeux du litige ;
- le montant du litige ;
- l'accès que chaque partie a ou n'a pas à l'information pertinente ;
- les ressources respectives des parties ;
- l'importance des informations à produire pour la solution du litige ;
- le poids que représente la charge de la production des informations recherchées eu égard à leur utilité.

L'application de ces six critères de proportionnalité et l'importance relative qui sera accordée à chacun d'entre eux dépend du jugement éclairé des parties et du juge, de l'analyse des faits et des circonstances de chaque cas¹⁶. Par exemple, l'importance des enjeux du litige peut et doit primer sur le montant du litige. Dès 1983 il a été admis que les enjeux du litige doivent être évalués selon des perspectives philosophiques, sociales ou institutionnelles car de nombreuses affaires touchant aux politiques publiques, telles les pratiques en matière

¹⁵ *Discovery Proportionality Guidelines and Practice*, 99 *Judicature*, no 3, Winter 2015, at 47, 53,

<https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/cle/materials/2016/09/ce1609tmp.authcheckdam.pdf>

¹⁶ *Ibid.*, p. 47.

d'emploi ou de liberté d'expression peuvent avoir une importance supérieure au montant financier du litige.

Lors des amendements survenus en 2015, il a été souligné que, sur ces points, le principe d'autorégulation de la procédure par les parties, propre au droit processuel américain, doit être complété par une position active du tribunal. La règle amendée vise à « encourager les juges à identifier et à combattre vigoureusement la surutilisation de la *discovery* » et à vérifier la « proportionnalité » avant d'ordonner la production d'informations¹⁷.

Pour leur part, les tribunaux ont rapidement souligné que les nouvelles Règles 26(b) et 26(c)(1) ne modifient en rien l'obligation de la partie qui veut se soustraire à la production des informations demandées, d'établir que cette production ne répond pas aux critères de la nouvelle Règle 26 (b) ou qu'elle lui fait subir une charge trop lourde ou des coûts indus¹⁸. Ainsi, une partie ne peut refuser de produire les documents demandés simplement en affirmant que cette production n'est pas proportionnelle aux besoins du procès.

Dans une affaire de 2016¹⁹, le tribunal reprend cette approche en précisant qu'il ne comptait pas ordonner automatiquement la recherche d'informations demandée en considérant que toute recherche d'informations mènerait à la découverte de preuves admissibles. Le tribunal exige que la partie qui demande la recherche d'informations démontre clairement que la recherche demandée est proportionnelle aux besoins de l'affaire. Pour contrer une telle demande, l'autre partie doit démontrer que cette recherche n'est pas proportionnelle. Cette approche exige une compréhension approfondie à la fois de la pertinence de l'information demandée pour la solution du litige et la connaissance de sources d'information moins fastidieuses et moins coûteuses. À titre d'exemple, un demandeur peut ne pas avoir droit à l'accès à toutes les informations électroniques lorsqu'un simple interrogatoire suffirait.

Dans une autre affaire de la même année²⁰, le tribunal retient que la Règle révisée instaure une responsabilité partagée entre toutes les parties dans l'application des critères de proportionnalité pour faire une demande de production de preuves ou pour s'y opposer.

Enfin, une partie sera mal venue de demander un allègement de la divulgation s'il est prouvé qu'elle a procédé volontairement à la suppression d'informations détenues par elle²¹.

¹⁷ The Advisory Committee, *Committee Notes on Rules—2015 Amendment*, https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26

¹⁸ Michael J. Miles, Proportionality under Amended Rule 26(b)(1): A New Mindset, May 18, 2016, <http://apps.americanbar.org/litigation/committees/pretrial/articles/spring2016-0516-proportionality-amended-rule-26b1-new-mindset.html> et la jurisprudence citée : *Curtis v. Metro. Life Ins. Co.*, No. 3:15-CV-2328-B, 2016 WL 687164, at *3 (N.D. Tex. Feb. 19, 2016), *McKinney/Pearl Rest. Partners, L.P. v. Metro. Life Ins. Co.*, No. 3:14-CV-2498-B, 2016 WL 98603, at *4 (N.D. Tex. Jan. 8, 2016); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Fayda*, No. 14-CIV-9792-WHP-JCF, 2015 WL 7871037, at *2 (S.D.N.Y. Dec. 3, 2015).

¹⁹ *Gilead Sciences v. Merck*, 2016 WL 146574 (N.D. Cal. Jan. 13, 2016) <http://www.ediscovery.com/pulse/case-law/detail/26671/#.Wd-inhTnxuU>

²⁰ *Salazar v. McDonald's Corp.*, No 14-CV-02096-RS (MEJ), 2016 WL 736213, *2(N.D. Cal. Févr. 25, 2016). <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2014cv02096/277170/74/0.pdf>

Voir *Siriano v. Goodman Mfg. Co., LP*, no 2: 14-CV-1131, 2015 WL 8259548, à *5 (SD Ohio, déc. 9, 2015) où le tribunal enjoint aux parties « de s'engager dans un dialogue plus intense afin de parvenir à un accord sur une production des preuves proportionnelle aux besoins de l'affaire ».

²¹ *Ala. Aircraft Indus., Inc. v. Boeing Co.*, No. 2:11-CV-03577-RDP, 2016 WL 562916, at *3 (N.D. Ala. Jan. 13, 2016)

B. LES ORDONNANCES CONSERVATOIRES

L'ordonnance conservatoire (Règle 26(c), *FRCP*)²² permet d'empêcher la production d'informations dans certaines circonstances. Le législateur américain a fait le choix de favoriser une large production d'informations, tout en assurant la protection de la vie privée et d'autres intérêts légitimes.

Une partie ne peut utiliser le droit à la production d'information par l'autre partie dans le but de harceler celle-ci ou un témoin ou de lui imposer une charge financière excessive.

La requête tendant au prononcé d'une ordonnance conservatoire émane souvent de témoins ayant besoin de se protéger de demandes déraisonnables qui frisent le harcèlement comme par exemple, une demande d'examen médical inutile. La requête doit inclure une attestation que son auteur a négocié de bonne foi avec les autres parties pour résoudre le différend, sans y parvenir. Par son ordonnance visant à protéger la partie demanderesse de la charge indue, en termes de temps ou d'argent, que représente pour elle la production des informations demandées, le tribunal peut :

- interdire la production d'informations, leur communication préalable au procès et l'enquête sur certaines questions ;
- désigner des personnes chargées d'assister à la production d'informations ;
- exiger que les documents à produire soient mis sous scellés et consultés uniquement sur ordre du tribunal ;
- interdire la révélation de secrets commerciaux ou d'informations confidentielles de type « recherche et développement (R&D) » ou commerciales ;
- exiger que les parties déposent simultanément certains documents dans des enveloppes scellées dont l'ouverture sera à la discrétion du tribunal.

C. L'INFORMATION DITE PRIVILEGIEE

La Règle 26(b)(5) régit la procédure permettant d'éviter la communication d'informations dites privilégiées (*privileged information*)²³. Chaque partie peut indiquer expressément et précisément la nature des documents ou des informations qu'elle estime privilégiées, dans un tableau dit « registre de privilèges »²⁴ qui fait mention du document, de la nature du privilège invoqué et de l'identité des personnes concernées par sa production, sans pour autant en divulguer le contenu.

Le régime de « l'information privilégiée » ne s'applique habituellement pas aux informations confidentielles, embarrassantes ou exclusives tels les secrets commerciaux qui sont protégés autrement (voyez ci-dessous). Son champ d'application est défini par la loi ou la doctrine. En

²² Voyez Robert Timothy Reagan, *Confidential Discovery: A Pocket Guide on Protective Orders*, Federal Judicial Center, 2012, <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/ConfidentialDisc.pdf>

²³ Legal Information Institute, *Privilege in general*, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_501

²⁴ <http://www.ned.uscourts.gov/internetDocs/cle/2010-07/PrivilegeLogs.pdf>

vertu de la *Federal Rule of Evidence 501*, les privilèges considérés peuvent être ceux définis par la loi d'un État, même si l'affaire est régie par la loi fédérale.

Les principaux privilèges invoqués sont :

- le secret professionnel²⁵, qui est le privilège le plus courant. Il s'agit du secret qui protège les communications entre une partie et son conseiller (en général son avocat). Dans l'arrêt de principe *Upjohn vs US 449 US 383* (1981), la Cour suprême a jugé que les questionnaires utilisés et les entretiens réalisés lors d'une enquête gouvernementale à laquelle a participé l'avocat de la société étaient protégés ;

- les garanties contre l'auto-incrimination accordées par le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis ;

- le privilège relatif à la sécurité nationale qui permet au gouvernement de s'opposer aux communications susceptibles de mettre en danger les objectifs de sa politique étrangère et la sécurité de ses ressortissants ou de ses soldats ;

- le privilège qui protège les communications entre un représentant de l'autorité religieuse et un pratiquant de la religion en question ;

- le privilège du témoignage conjugal qui empêche la divulgation de communications entre conjoints ;

- le privilège de l'examen autocritique qui couvre l'information échangée lors de délibérations internes relatives à un incident ou à des problèmes potentiels d'un processus ;

- le privilège d'Etat, qui protège les délibérations internes des gouvernements et des organismes gouvernementaux.

D. LES SECRETS COMMERCIAUX ET D'AFFAIRES

Selon la loi-cadre sur les secrets commerciaux (*Uniform Trade Secrets Act, UTSA, 1979, 1985*)²⁶, le secret commercial désigne toute information, formule, modèle, compilation, programme, dispositif, méthode, technique ou processus ayant une valeur économique, qui n'est pas porté à la connaissance publique, qui ne peut être trouvé facilement et qui fait l'objet de mesures appropriées pour le maintien de sa confidentialité.

Ces secrets peuvent prendre plusieurs formes. Un exemple fort connu est celui de l'arrêt *Coca-Cola Bottling*²⁷ qui qualifie de secret commercial la formule de fabrication de cette boisson.

La définition légale, a permis en raison de son caractère large, de déduire que l'utilisation commerciale n'est pas un élément constitutif des secrets commerciaux. Cela permet de qualifier (et de protéger) comme des secrets commerciaux des informations qui n'ont qu'une valeur commerciale indirecte, par exemple le résultat d'une recherche longue et coûteuse qui

²⁵ <https://thesedonaconference.org/node/4315>

²⁶ http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf

²⁷ *Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co.*, 269 F. 796 (D. Del. 1920), <https://www.quimbee.com/cases/coca-cola-bottling-co-v-coca-cola-co>

établit qu'un certain processus ne fonctionne pas ou n'a pas d'application pratique, résultat qui a néanmoins une grande valeur pour un concurrent qui ne le connaît pas encore²⁸.

La loi-cadre sur les secrets commerciaux fait obligation aux tribunaux de veiller au respect des secrets commerciaux (voyez notamment *Section 2. Injunctive relief*). À cette fin, les tribunaux peuvent avoir recours, par exemple, à l'ordonnance conservatoire, à la tenue des audiences à huis clos ou au recours à la mise sous scellés.

Les *FRCP* régissent les ordonnances conservatoires comme moyen de préservation des secrets commerciaux mais ne précisent pas les critères justifiant qu'une ordonnance conservatoire soit rendue ou refusée²⁹. Les tribunaux ont précisé que la partie qui demande une ordonnance conservatoire doit démontrer que l'information qu'il s'agit de protéger est un secret commercial et que sa divulgation lui causerait un dommage. La partie qui demande la divulgation de l'information devra démontrer l'importance de cette divulgation pour les intérêts en litige, la nécessité de prévenir d'éventuels abus de l'autre partie et sa propre bonne foi, l'efficacité des mesures de protection à mettre en place et l'inexistence d'autres sources auprès desquelles l'information recherchée serait disponible³⁰.

Le tribunal peut nommer des experts avec pour mission de trancher les divergences des parties quant aux secrets commerciaux ou de prendre connaissance des informations confidentielles et de faire un rapport au tribunal. Le tribunal dispose d'un large pouvoir pour définir la mission de l'expert puisque le juge, le plus souvent, ne possède pas la compétence technique lui permettant de déterminer si la liste des prétendus secrets commerciaux est exacte et justifiée³¹. Le tribunal peut également ordonner une communication restreinte des informations, par exemple au seul avocat de l'autre partie.

L'ordonnance de renvoi à l'expert définit les pouvoirs de ce dernier, la nature et la durée de son mandat et peut restreindre son examen à des questions particulières. Sous réserve de ce que prévoit l'ordonnance qui le désigne, l'expert a le pouvoir de définir les procédures d'audition, interroger les parties et les témoins sous serment. Il peut accomplir tous les actes et prendre toutes les mesures nécessaires pour mener à bien sa mission. Il peut statuer sur l'admissibilité des preuves, selon les règles des audiences sans jury³².

²⁸ James R. McKown, *Discovery of Trade Secrets*, 10 Santa Clara High Tech. L.J. 35 (1994), <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol10/iss1/2>

²⁹ *Bertotti v. CE SHEPHERED CO., INC.*, 752 S.W.2d 648 (Tex. App. 1988),

<https://www.courtlistener.com/opinion/2461894/bertotti-v-ce-shepherd-co-inc/>

et *E. I. duPONT de NEMOURS & CO. v. AMERICAN POTASH & CH. CORP.*, 200 A.2d 428 (1964), <https://www.leagle.com/decision/1964628200a2d4281624.xml>

³⁰ *Frank Landry et al. v. Air Line Pilots Association*, http://www.ipsn.org/court_cases/landry_v_air-line_pilots.htm et *Public Citizen v. Liggett Group, Inc.*, https://www.leagle.com/decision/19881633858F2d775_11519/PUBLIC

³¹ James R. McKown, *Discovery of Trade Secrets*, 10 Santa Clara High Tech. L.J. 35 (1994),

<http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol10/iss1/2>. A Normative Analysis of Disclosure, Privacy, and Computers: The State Cases, 10 Computer L.J. 603 (1990),

<http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=jitpl>

³² *Xerox Corp. v. International Business Machs. Corp.*, 64 F.R.D. 367, 370 (S.D.N.Y. 1974).

E. LA LOI RELATIVE A L'ESPIONNAGE ECONOMIQUE

La loi fédérale relative à l'espionnage économique punit le pillage de secrets économiques qu'il soit au bénéfice d'un Etat étranger ou d'une entreprise. Ces dispositions ne s'appliquent qu'à défaut de recours de droit commun. Les peines vont jusqu'à 15 ans de prison et 500 000 \$ d'amende.

Une quinzaine de condamnations ont été prononcées en vertu de cette loi dont une à l'encontre de la Société générale, banque française.

F. LE DROIT DU PUBLIC A L'INFORMATION

Les mesures de sauvegarde précitées peuvent empiéter sur le droit des citoyens à l'information.

Dans *Nixon v. Warner Communications*³³, la Cour suprême a confirmé le droit des citoyens à examiner tout document public, y compris les archives judiciaires (*the common-law right of inspection*). Contrairement aux tribunaux britanniques, les tribunaux américains n'exigent pas que celui qui demande à consulter un document ait un intérêt à le faire ou ait besoin de ce document comme élément de preuve dans une procédure le concernant.

Dans ce même arrêt, la cour a également définit les limites de ce droit à l'information. Ainsi, d'une part, « le droit d'inspecter et de copier les documents judiciaires n'est pas absolu » et « tout tribunal a un pouvoir de surveillance sur ses propres dossiers ». D'autre part, l'accès aux dossiers judiciaires doit être refusé lorsqu'il y a un risque que les informations recherchées soient utilisées à de mauvaises fins, par exemple pour alimenter un scandale public (affaires de divorce ou en diffamation) ou pour divulguer des secrets commerciaux.

L'arrêt concerne néanmoins l'accès public aux documents confidentiels déposés auprès des tribunaux et non l'accès d'un plaideur aux documents confidentiels de son contradictoire.

D'autres arrêts ont confirmé le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à la divulgation des dossiers judiciaires³⁴.

III. LES CONFLITS DE LOI EN MATIERE DE PREUVE

Aucun aspect de l'extension du système juridique américain au-delà des frontières territoriales des États-Unis n'a suscité autant de tensions que les demandes de production de documents formées à l'occasion d'un litige aux États-Unis³⁵.

Comme décrit ci-dessus, dans le système juridique des États-Unis, la production des preuves (*discovery*) est en grande partie initiée et menée par les plaideurs. Les moyens de preuve les plus courants sont les dépositions de témoins, la production de documents et les interrogatoires écrits (*FRCP* 31, 34-36). Ce dispositif est, selon la jurisprudence américaine, destiné à « faire du procès moins un jeu de bluff à l'aveuglette et plus un juste débat où les

³³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/589/>

³⁴ *United States v. Mann*, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/829/849/226442/> et *Crystal Growers Corp. v. Dobbins*, <https://www.leagle.com/decision/19801074616f2d4581988>.

³⁵ Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 442, Reporters' Note 11987, <https://www.ali.org>

questions fondamentales sont posées et les faits pertinents sont prouvés dans toute la mesure du possible »³⁶.

Dans les systèmes de droit civil, la production des preuves est conduite par le juge de première instance et l'obtention privée de renseignements par les plaideurs n'est pas permise. Dans la plupart de ces systèmes, la portée de la communication des preuves avant le procès est beaucoup plus limitée qu'aux Etats-Unis.

Or, bien de litiges à caractère international nécessitent l'obtention de preuves dans une juridiction autre que celle du tribunal saisi de l'affaire. A l'occasion des procédures américaines, la production des preuves situées à l'étranger donne lieu à des tensions internationales importantes ; beaucoup de pays étrangers considèrent la *discovery* américaine comme une « croisade » effrénée. Aucun aspect de l'extension du système juridique américain au-delà des frontières territoriales des États-Unis n'a suscité autant de tensions que les demandes de production de documents formées à l'occasion d'un litige aux États-Unis³⁷.

Des dispositions particulières tentent de résoudre les difficultés qui apparaissent dans un tel contexte.

A. LA CONVENTION DE LA HAYE ET LES LOIS ETRANGERES DE BLOCAGE DANS LA JURISPRUDENCE AMERICAINE

La Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale³⁸ a été conclue à La Haye le 18 mars 1970 et a été ratifiée par 65 pays, dont les États-Unis et la France. Elle vise à concilier les procédures de production des preuves différentes et souvent contradictoires dans les systèmes de *common law* et les systèmes de droit civil afin de permettre à l'autorité judiciaire d'un pays d'obtenir la production de moyens de preuve situés dans un autre pays.

La loi de blocage française de 1968³⁹ renforcée en 1980 et puis en 2002, interdit, aux français et résidents en France, ainsi qu'aux dirigeants et agents de personnes morales ayant leur siège ou un établissement en France, de communiquer « à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public ». La violation de ces dispositions est punie (au plus) de six mois de prison et/ou 18 000 euros d'amende.

Le conflit entre les dispositions de la Convention de La Haye, voire les dispositions des lois de blocage des pays européens et le droit américain de la preuve a donné lieu, aux Etats-Unis, à une doctrine et une jurisprudence très fournies⁴⁰.

³⁶ *USA v Proctor & Gamble*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/677/case.html>

³⁷ Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 442, Reporters' Note 11987, <https://www.ali.org>

³⁸ <https://assets.hcch.net/docs/dd7c5c4d-a764-425c-a0e9-47356cfc374c.pdf>

³⁹ Loi n° 68-678 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

⁴⁰ Tati Sainati, *The conflict between American Discovery and European Privacy laws*, <https://law.duke.edu/.../Conflict American Discovery>; Vivian Grosswald Curran, *United States Discovery and Foreign*

1. AEROSPATIALE V. UNITED STATES DISTRICT COURT

Dans l'affaire *Aérospatiale v. United States District Court* (482 U.S. 522 (1987))⁴¹, la Cour suprême des États-Unis a décidé que les tribunaux de première instance ne devaient pas automatiquement renoncer à l'application du droit américain en faveur des dispositions de la Convention de La Haye. Pour appliquer les règles de la Convention de la Haye, les tribunaux doivent tenir compte des facteurs suivants :

- a) quelle est l'importance des documents ou des informations recherchés ? ;
- b) dans quelle mesure la demande d'informations est pertinente pour la solution du litige ? ;
- c) les informations recherchées peuvent-elles être trouvées aux États-Unis ou seulement et nécessairement à l'étranger ?
- d) les informations recherchées sont-elles disponibles par d'autres moyens ? et
- e) dans quelle mesure le rejet des demandes d'information compromettrait les intérêts des États-Unis ou d'un autre État ?

Subséquemment les tribunaux ont ajouté à cette liste :

- f) la partie qui s'oppose à la demande d'informations est-elle de bonne foi ? et
- g) la demande d'information place-t-elle le défendeur dans une situation extrêmement difficile ?

Ce conflit entre le droit interne des États-Unis et les dispositions internationales est particulièrement aigu en droit de la concurrence (*antitrust laws*).

2. TRUEPOSITION, INC. V. LM ERICSSON TEL. CO.

Dans l'affaire *Trueposition, Inc. v. LM Ericsson Tel. Co.*⁴², la société demanderesse a intenté une action devant les tribunaux fédéraux contre divers défendeurs dont l'Institut européen des normes de télécommunications (*European Telecommunications Standards Institute, ETSI*) ayant son siège en France, alléguant qu'ils avaient violé le *Sherman Act* en conspirant pour établir que la technologie du demandeur ne respectait pas les normes techniques des défendeurs.

ETSI a soutenu que le tribunal n'avait pas la compétence personnelle et a demandé une ordonnance conservatoire en faisant valoir que le demandeur devait se conformer à la Convention de La Haye quant à l'obtention des preuves à l'étranger. *ETSI* a également fait valoir que, selon la loi de blocage française, il était tenu de répondre seulement aux demandes de communication de preuves formées conformément à la Convention de La Haye et que répondre à une demande formée selon les *FRCP* américaines lui faisait encourir une responsabilité pénale.

En appliquant les critères de l'affaire *Aérospatiale*, l'arrêt a conclu que :

Blocking Statutes, <http://digitalcommons.lsu.edu/lalrev/vol76/iss4/11> ; *2008 ABA Annual International Discovery: Around the World in Ninety Minutes*, http://www.mcmillan.ca/Files/BHarrison_AroundtheWorldinNinetyMinutes.pdf

⁴¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/522/>

⁴² *Trueposition, Inc. v. LM Ericsson Tel. Co.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 29294 (E.D. Pa. Mar. 6, 2012), <https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/mobile/article-hague-convention.html>

a) les documents recherchés, concernant les contacts d'*ETSI* avec les États-Unis, sont nécessairement pertinents ;

b) les demandes de communication de documents sont « spécifiques et raisonnables » ou autrement dit pertinentes pour l'enquête en cours ;

c) les documents recherchés sont nécessairement situés en France puisque *ETSI* ne fait pas affaires ailleurs ;

d) les procédures de la Convention de La Haye sont généralement fastidieuses et nécessitent beaucoup de temps ; et

e) l'intérêt primordial des États-Unis dans l'application de ses lois antitrust outrepassa l'intérêt français de restreindre la recherche de preuves à l'intérieur de ses frontières.

Le tribunal retient que la demande du requérant n'était pas abusive, vu l'existence de la loi française de blocage. Néanmoins, en ce qui concerne les sanctions pénales invoquées par *ETSI*, le tribunal mentionne qu'aucun défendeur n'a été exposé à un risque important de poursuites en vertu de la loi française de blocage.

Les commentaires sur cet arrêt reflètent bien la position des juristes américains⁴³ : « À mon avis, le tribunal est parvenu à un résultat correct et défendable » ; « Le défendeur n'a pas démontré qu'il avait eu des difficultés excessives pour répondre aux demandes » ; « D'une manière générale, les défendeurs et les autres personnes interrogées ont une raison tactique de préférer la Convention de La Haye. Ses procédures ne sont pas pertinentes. La conclusion du tribunal est que l'intérêt de la France de limiter la communication des preuves fait pâle figure par rapport à l'intérêt des États-Unis de faire respecter ses lois antitrust » ; « Les juges savent que les défendeurs préfèrent parfois la Convention parce que cela peut ralentir ou limiter la communication des preuves » ; « Toute personne qui a besoin d'obtenir des preuves à l'étranger, en particulier auprès d'un tiers, devrait signaler ces exigences au tribunal dès le début, car le processus peut prendre plusieurs mois ».

3. GLOBAL POWER EQUIPMENT GROUP, INC.

Dans *Global Power Equipment Group, Inc.*, 418 B.R. 833 (D. Del. 2009)⁴⁴ le tribunal a estimé que, selon les critères de l'arrêt *Aérospatiale*, la société française défenderesse était tenue à communiquer les éléments de preuve selon les *FRCP*, entre autres en raison du fait que le risque de poursuites pénales auquel elle s'exposait dans son pays est minime.

Le tribunal dresse aussi l'état des obstacles de procédure et des retards à l'instance entraînés par l'application de la Convention de La Haye. « En vertu de la Convention de La Haye sur la preuve, des commissions rogatoires doivent être adressées à l'Autorité centrale française qui en détermine la mise en œuvre. L'Autorité centrale française délègue un juge français qui conduit la production des preuves. L'exécution de ces commissions rogatoires peut prendre jusqu'à six mois. »

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top_stories/050712-federal-rules-hague-convention.html

4. S.E.C. v. STANFORD INT'L BANK, LTD

Dans *S.E.C. v. Stanford Int'l Bank, Ltd*⁴⁵, une enquête portant sur une fraude mène la Commission des titres et du change (*Securities and Exchange Commission - SEC*, organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers) à demander des renseignements à la banque SG Suisse. Cette dernière refuse de communiquer selon les règles de procédure américaine de production des preuves en invoquant les sanctions pénales, administratives et civiles auxquelles elle s'exposerait en vertu des lois suisses et demande l'application des mécanismes de la Convention de la Haye comme étant plus appropriés.

Le tribunal a accepté la ligne de défense de la SG Suisse, en ajoutant que plusieurs Etats étrangers étaient hostiles à l'application des règles américaines de production des preuves et qu'il fallait reconnaître la situation difficile des parties étrangères face à ces conflits de lois. Tout en reprenant en partie les critères de la jurisprudence *Aérospatiale*, le tribunal a ajouté trois autres critères :

- a) l'existence d'intérêts divergents des pays dont les lois sont en conflit ;
- b) une charge trop importante (un fardeau) de la preuve qu'imposerait à la partie étrangère l'application des dispositions américaines et
- c) la bonne foi qui caractérise le refus de la partie étrangère de se voir appliquer la loi américaine.

Le tribunal a retenu que le refus des règles américaines par la partie suisse était de bonne foi car fondé sur une loi suisse connue et ancienne relative au secret bancaire. Le tribunal retient aussi que la banque suisse n'avait pas bénéficié d'un délai raisonnable pour demander aux autorités bancaires suisses une exemption aux fins de communication des informations demandées à l'étranger.

Le tribunal retient que les lois suisses invoquées par la banque suisse litigante existaient depuis des décennies, ce qui permettait au tribunal de retenir qu'il ne s'agissait pas d'un abus, à savoir d' « une hypothèse où la partie qui s'oppose à la production des preuves conformément à la procédure américaine invoque une fausse loi telle une loi de blocage dont la seule raison d'être est précisément de faire obstacle à la procédure américaine ». Le tribunal cite à l'appui de sa position l'arrêt *Compagnie Française d' Assurance pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum Co.* 105 F.R.D. 16, 30 et 33-35 (S.D.N.Y.1984) et *Ltd Graco, 101 FRD à 508* qui affirment respectivement que « lorsqu'une agence du gouvernement français cherche manifestement le bénéfice de la loi américaine, il n'est pas inapproprié de demander à d'autres agences de ce même gouvernement la production de documents en leur possession, selon la procédure américaine de *discovery* » et « la loi de blocage française est manifestement une expression du mécontentement français à l'égard des procédures américaines de production des preuves avant procès, procédures dites de *discovery*. »

Le Tribunal a reconnu l'importance de la production des preuves demandées pour le procès tout en ajoutant d'une part, que l'information étant en Suisse, il devait tenir compte de cette réalité et d'autre part, que les Etats dont les deux parties étaient les ressortissants ayant signé

⁴⁵ S.E.C. v. Stanford Int'l Bank, Ltd⁴⁵ 776 F.Supp.2d 323 (N.D. Tex. 2011), http://www.lpflaw.com/media/2013/Doc1816_Chadbourne_Objection_Settlement_032813.pdf

la Convention de la Haye pour régler leurs conflits de lois, il ne lui appartenait pas de jauger les intérêts respectifs des deux Etats.

Le tribunal a opté pour un compromis, en ordonnant à titre principal la production des preuves par la partie suisse selon la procédure régie par la Convention de la Haye, et à titre accessoire, en cas d'échec de cette première procédure, la production de ces mêmes preuves selon les *FRCP* américaines.

5. STRAUSS V. CREDIT LYONNAIS S.A.

Dans une affaire *Strauss v. Crédit Lyonnais S.A.*⁴⁶, des citoyens américains victimes d'une attaque terroriste en Israël ont poursuivi le Crédit Lyonnais en alléguant que cette banque avait fourni de l'aide aux terroristes. La banque a demandé que l'enquête se fasse selon la Convention de la Haye tout en ajoutant que les lois françaises sur le secret bancaire l'empêchaient de fournir l'information demandée.

Le tribunal a repris les critères des jurisprudences *Aérospatiale* et *Minepco*⁴⁷ en ajoutant qu'assujettir la procédure au droit français était contraire au droit américain et que les deux pays avaient en revanche un intérêt commun à combattre le terrorisme, intérêt qui primait sur le « *generally-stated sovereign interest* » de la France.

Le tribunal a enjoint au Crédit Lyonnais de fournir l'information.

6. ADIDAS (CANADA) LTD. V. S/S SEATRAN BENNINGTON

Dans l'affaire *Adidas (Canada) Ltd. v. S/S Seatrain Bennington*⁴⁸ le tribunal fédéral cite un rapport déposé auprès de l'Assemblée nationale française lors du débat sur le projet de la loi de blocage, selon lequel l'objectif de la loi n'était pas d'exposer les citoyens et les sociétés françaises aux pénalités importantes qu'elle prévoit mais de leur permettre de contourner la procédure américaine de *discovery*. A notre avis, ce propos explique en partie la position assez cavalière des tribunaux américains face à la loi de blocage française.

Le commentaire d'un juriste français nous apparaît assez juste⁴⁹ : « Dans ce contexte, le rapport d'information n° 4082 sur l'extraterritorialité de la législation américaine (octobre 2016, p. 121) propose de renforcer le dispositif jugé « peu dissuasif » des lois de blocage :

- en proposant d'identifier clairement les informations réellement sensibles dont la transmission à des autorités étrangères doit être exclue ou restreinte ;

⁴⁶ *Strauss v. Crédit Lyonnais S.A.*, 249 F.R.D. 429 (E.D.N.Y. 2008)

<https://www.unitedstatescourts.org/federal/nyed/253608/283-0.html>

⁴⁷ *Minepco S.A. v. Conticommodity Services, Inc.*, 116 F.R.D. (S.D.N.Y. 1987).

⁴⁸ *Adidas (Canada) Ltd. v. S/S Seatrain Bennington*, Nos 80 Civ. 1911 (PNL), 82 Civ. 0375 (PNL), 1984 WL 423 (S.D.N.Y. May 30, 1984) ; Vivian Grosswald Curran, *United States Discovery and Foreign Blocking Statutes*, 76 La. L. Rev. (2016), <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol76/iss4/11>

⁴⁹ Frédérique Echenne, *Les « lois de blocage » françaises et les contraintes législatives extraterritoriales US*, octobre 2016, <https://www.village-justice.com/articles/Les-lois-blocage-francaises-les-contraintes-legislatives-extraterritoriales,23334.html>

- en renforçant les sanctions pénales en cas de non-respect de la loi ;
- en encadrant strictement le contrôle/monitorat accepté par les entreprises françaises dans le cadre de transactions pénales avec des autorités étrangères (contrôle par l'administration du choix des contrôleurs/moniteurs et des informations transmises à ces autorités étrangères). »

*

Enfin, dans une autre affaire datant de 2010, une société allemande qui s'est vu ordonner une production de données⁵⁰ dans un litige relatif à des secrets industriels s'y est opposée en invoquant ses lois nationales sur la production de données privées.

L'autorité bavaroise chargée de la protection des données est intervenue. Tout en acceptant le principe de la production des données dont elle a reconnu la nécessité pour la solution du litige, elle a invoqué le fait que la société allemande étant assujettie à des restrictions en matière de communication de données, ne pouvait pas fournir de l'information en vrac mais seulement de l'information ciblée.

Le tribunal américain a accepté les réserves émises par l'Autorité bavaroise, a ordonné une production de données plus restreinte et a rejeté la demande tendant à une production plus étendue.

Certains commentateurs ont écrit que cette approche était prometteuse pour résoudre les conflits entre le droit américain et les lois européennes sur la protection de données.

B. FORUM NON CONVENIENS

Ce principe accorde un pouvoir discrétionnaire au juge de refuser l'audition d'une affaire en statuant qu'un autre tribunal serait en meilleure posture pour le faire. Pour rendre cette décision le juge doit peser différents facteurs dont :

- la facilité d'obtenir la preuve et les témoignages ;
- l'intérêt des parties ;
- le fait que la juridiction choisie par le demandeur impose un fardeau au défendeur ;
- la facilité d'exécution du jugement et
- la probabilité que le tribunal étranger puisse entendre et statuer sur l'affaire de façon adéquate.

Dans *Sinochem International Co. Ltd. v. Malaysia International Shipping Corp*, Sinochem, une société chinoise d'importation, avait eu recours aux services de *Malaysia Int*, société de transport maritime. Le chargement des marchandises avait été effectué dans un port

⁵⁰ Nous n'avons pas pu identifier les coordonnées de cette décision citée par Florian Unseld, *US Court and German Data Protection Authority in Accord on Discovery Limitations*, HOGAN LOVELLS CHRONICLE OF DATA PROTECTION, HLDATAPROTECTION.COM, (Mar. 30, 2011), <http://www.hldataprotection.com/2011/03/articles/international-eu-privacy/us-court-and-german-data-protection-authority-in-accord-on-discovery-limitations/>

américain. *Sinochem* alléguait un connaissance frauduleux et demandait la saisie du navire. La Cour Suprême a confirmé la justesse du renvoi de l'affaire devant le juge chinois⁵¹.

Dans *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. District Court for the Western District of Texas* (2013)⁵², la Cour Suprême a approuvé le renvoi de l'affaire devant un tribunal étranger, en raison de l'accord des parties.

⁵¹ *Sinochem International Co. Ltd. v. Malaysia International Shipping Corp.*, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/06-102.ZS.html>

⁵⁷ <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4504>



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ALLEMAGNE

Abréviations

5 th Cir.	<i>United States Court of Appeals for the Fifth Circuit</i> (Cour d'appel fédérale pour le cinquième circuit)
7 th Cir.	<i>United States Court of Appeals for the Seventh Circuit</i> (Cour d'appel fédérale pour le septième circuit)
BDSG	<i>Bundesdatenschutzgesetz</i> (loi fédérale relative à la protection des données)
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung (base de données jurisprudence de www.beck-online.de , payant)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Recueil officiel des lois et règlements)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Cour fédérale de Justice)
BPatG	Bundespatentgericht (tribunal fédéral des brevets)
BRAO	<i>Bundesrechtsanwaltsordnung</i> (loi relative à la réglementation de la profession des avocats).
BT-Drs.	<i>Bundestags-Drucksache</i> (Recueil officiel des travaux parlementaires)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal fédéral constitutionnel)
Cal.App.	<i>California Appellate Reports</i> (Bulletin de jurisprudence)
D.D.C.	<i>U.S. District Court for the District of Columbia</i> (Tribunal fédéral de district du District du Columbia)
DJ	Der Jurist (revue gratuite en ligne : http://der-jurist.de)
D. Utah	<i>United States District Court for the District of Utah</i> (Cour fédérale pour le district du Utah)
F. Supp.	<i>Federal Supplement</i> (revue)
F.2d	<i>Federal Reporter, Second Series</i> (revue)
GG	<i>Grundgesetz</i> (loi fondamentale, constitution de la République fédérale d'Allemagne)
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i> (loi relative à l'organisation judiciaire)
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i> (revue)
GRUR-Int	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil</i> (revue)
ILM	<i>International Legal Materials</i> (revue)
IPRax	<i>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i> (revue).
juris	www.juris.de (base de données payante)
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (revue).
K&R	<i>Kommunikation und Recht</i> (revue)
MMR	<i>Multimedia und Recht</i> (revue)
NJW	<i>Neue juristische Wochenschrift</i> (revue)
NJW-RR	<i>Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport</i> (revue)
n° doss.	numéro de dossier (<i>Aktenzeichen</i>) d'une décision juridictionnelle
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revue)
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i> (revue)
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> , tribunal régional supérieur (proche des cours d'appel françaises)
OLGZ	<i>Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen</i> (recueil de la jurisprudence des tribunaux régionaux supérieurs)
Pitt. J. Tech. L.	<i>Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy</i> (revue)
RG	<i>Reichsgericht</i> (Tribunal de l'Empire)
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (code pénal)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (code de procédure pénale)
S.W.2d	<i>South Western Reporter</i> (recueil de jurisprudence)
Tex.	<i>Texas Supreme Court</i> (Cour suprême du Texas)
TKG	<i>Telekommunikationsgesetz</i> (loi relative aux télécommunications)
U. Pa. J. Int'l	<i>University of Pennsylvania Journal of International Economic</i> (revue)
Econ. L.	
UCLA J. Int'l L.	<i>UCLA [University of California Los Angeles] Journal of International Law and Foreign Affairs</i>
U.S.	<i>United States Reports</i> (recueil de jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis)
VwGO	<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> (code de procédure des juridictions administratives)
ZD	<i>Zeitschrift für Datenschutz</i> (revue)
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (code de procédure civile)
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i> (revue)

Bibliographie

- D. A. ADLER *US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess*, th. Fribourg-en-Brigau, Duncker & Humblot, coll. Schriften zum Wirtschaftsrecht, t. 258, Berlin, 2013.
- A. BAREISS *Pflichtenkollision im transnationalen Beweisverkehr*, th. HU Berlin, Mohr Siebeck, coll. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, t. 298, Tübingen, 2014.
- J. BASEDOW « Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts : Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips », NJW 1989, 627
- BOLT ET WHEATLEY « Private Rules for International Discovery in U.S. District Court : the U.S.-German Example », 11 UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff. 1 (2006).
- U. BOSCH « Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht », IPRax 1984, 127.
- S. P. BAUMGARTNER «Is Transnational Litigation Different ? », 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1297 (2004).
- E. M. DAVILA « International E-Discovery: Navigating the Maze », 8 Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1 (2008).
- U. DROBNIG in : *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen am 10. und 11. Oktober 1985 in München, hrsg. im Auftrage des Vorstands von Walther J. Habscheid, Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1986, p. 114 et s.
- P. EHLERS *Recht des Seeverkehrs : Flaggenengesetz, Seeaufgabengesetz, Schiffssicherheitsgesetz, Seelotsengesetz, Seesicherheits-Untersuchungsgesetz – Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 1^{ère} édition 2017.
- E. D. ESCHENFELDER « Möglichkeiten deutscher Unternehmen, US-amerikanische Discovery auch vor deutschen Gerichten zu nutzen », IPRax 2006, 89.
- GOLA ET SCHOMERUS in : GOLA, KLUG, KÖRFFER ET SCHOMERUS, *Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar*, Beck, Munich, 12^{ème} édition 2015.
- R. GREGER in : *ZPO Zivilprozessordnung*, begründet von Richard Zöller, Otto Schmidt KG, Cologne, 31^{ème} édition 2016.
- GRUBER ET KIEßLING « Die Vorlagepflichten de §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002 », ZZP 116 (2003), 305.
- P. HEIDENBERGER « U. S. Supreme Court wird über die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens entscheiden », RIW 1986, 489.
- A. JUNKER « Der deutsch-amerikanische Rechtsverkehr in Zivilsachen – Zustellungen und Beweisaufnahmen », JZ 1989, 121.
- S. KONRAD « Der Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess », NJW 2004, 710.
- M. KREUZEDER « Die US-amerikanische Pre-Trial Discovery – Abwehr- und Verteidigungsmöglichkeiten für deutsche Unternehmen », DJ 2012, 55.
- LÜKE ET ARENS *Zivilprozessrecht*, Beck, Munich, 10^{ème} édition 2011.

- K. MÖSSLE *Exterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, th. Tübingen, Nomos, coll. Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, t. 12, Baden-Baden, 1990.
- S. PABST in : *Münchener Kommentar zur ZPO*, tome 3, Beck, Munich, 4^{ème} édition 2013.
- CH. PAULUS « Discovery, deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen », ZZP 104 (1991), 397.
- M. PODSDZIECH *US-amerikanische Discovery und deutsches Datenschutzrecht – Der Konflikt im Falle der Dokumentenvorlage*, th. Francfort-sur-Main, Springer, Wiesbaden, 2017.
- RATH ET KLUG « e-Discovery in Germany ? », K&R 2008, 596.
- REUFELS ET SCHERER « Pre-Trial Discovery nach dem Haager Beweisübereinkommen », IPRax 2005, 456.
- I SAENGER *Zivilprozessordnung – Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 7^{ème} édition 2017.
- H. SCHACK *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck, Munich, 7^{ème} édition 2017.
- P. SCHLOSSER in : *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen am 10. und 11. Oktober 1985 in München, hrsg. im Auftrage des Vorstands von Walther J. Habscheid, Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1986, p. 111 et s.
- H. H. SEILER in : *Münchener Kommentar zum BGB*, tome 4, Beck, Munich, 6^{ème} édition 2012.
- D. VON SELLE in : *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, Beck, Munich, 24^{ème} édition 1^{er} mars 2017.
- SPIES ET SCHRÖDER « Auswirkungen der elektronischen Beweiserhebung (eDiscovery) in den USA auf deutsche Unternehmen », MMR 2008, 275.
- A. STADLER in : *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*, herausgegeben von Hans-Joachim Musielak und Wolfgang Voit, Verlag Franz Vahlen, Munich, 14^{ème} édition, 2017.
- R. STÜRNER « Die prozessuale Untersuchungspflicht (§ 372a ZPO) der Partei im Ausland, JZ 1987, 607.
- TH. WAZLAWIK « Der Anwendungsbereich des Haager Beweisübereinkommens und seine Beachtung im Rahmen der pre-trial discovery durch US-amerikanische Gerichte », IPRax 2004, 396.
- G. WAGNER « Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Wiegerungsrechte », JZ 2007, 706.
- ZEKOLL ET BOLT « Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland? », NJW 2002, 3129

Lois et jurisprudences cités

Les **lois** (*Gesetze*) et **réglements** (*Verordnungen*) fédéraux allemands sont consultables en ligne dans leur version d'origine sous leur référence de leur publication officielle dans le *Bundesgesetzblatt* (www.bgbl.de « Kostenloser Bürgerzugang », service gratuit) ou dans leur version consolidée (www.gesetze-im-internet.de, service du ministère fédéral de Justice).

Les **travaux préparatoires** des textes législatifs fédéraux (*Drucksachen*) se trouvent sur le site du centre de documentation (*Dokumentations- und Informationssystem*, DIP) du *Bundestag* (dip.bundestag.de). Normalement, il suffit de lancer une recherche google avec la référence « BT-Drs. [législature]/[numéro] ».

La **jurisprudence allemande** n'est pas disponible sur une plateforme officielle centralisée. La jurisprudence de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*, *BGH*) est accessible sur le site de la Cour (www.bundesgerichtshof.de) seulement pour les décisions à partir de l'année 2000 sous leur numéro de dossier (*Aktenzeichen*). Les décisions du Tribunal constitutionnel *Bundesverfassungsgericht* à partir de l'année 1998 sont consultables sur le site du Tribunal (www.bundesverfassungsgericht.de) sous leur numéro de dossier (*Aktenzeichen*).

Les décisions plus anciennes et les décisions des juridictions de fond sont parfois accessibles via les sites gratuits non officiels d'*Openjur* (www.openjur.de) ou de *Dejure* (www.dejure.org). Il est souvent suffisant de lancer une recherche Google avec le n° de dossier.

I. LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES

A. L'ETENDUE ET L'OBJET DE LA COMMUNICATION

En procédure civile⁵³ allemande, il est de la responsabilité exclusive des parties de prouver les faits à même de fonder la décision qu'elles attendent du juge⁵⁴. Celui qui fait valoir un droit ou un avantage juridique quelconque résultant d'une disposition légale devra donc avancer et, s'ils sont contestés par l'autre partie, prouver les faits qui en forment les éléments constitutifs⁵⁵. Réciproquement, la personne qui se fonde sur une exception aura à rapporter et prouver les faits susceptibles de rendre celle-ci applicable⁵⁶. Comme en droit français, le droit allemand prévoit des cas particuliers où la charge de la preuve se trouve renversée par le jeu d'une présomption légale.

Cette construction individualiste de la procédure civile se voit en partie infléchie par le devoir de vérité et le devoir de s'exprimer sur les faits avancés par l'autre partie. En effet, le § 138 ZPO établit une « interdiction de mentir », donc d'avancer une fausse version des faits en connaissance de cause et impose à chaque partie de s'exprimer de manière circonstanciée sur les faits présentés par son contradictoire. Une partie peut rester muette (en prétendant ne « pas connaître » les faits) seulement dans les cas où elle n'a pas joué de rôle actif dans les événements en question et que ceux-ci se trouvaient en dehors de son champ de perception.

Au-delà de ce devoir de vérité, qui se limite aux déclarations des parties, une charge de produire des documents ou autres pièces éventuellement défavorables à soi-même peut résulter de deux séries de règles du Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*, ZPO) dont l'interaction n'est pas évidente. La première, traditionnelle (§ 423 et s. ZPO) concerne la preuve littérale (1). La seconde, plus récente (§ 142 ZPO), et a pour but d'apporter un premier éclaircissement de l'affaire au juge saisi (2).

1. L'OBLIGATION DE PRODUIRE LA PREUVE DE SES PROPRES ALLEGATIONS (REGLES DE LA PREUVE LITTERALE)

La partie sur laquelle pèse la charge de la preuve doit pouvoir produire les moyens de preuve susceptibles d'appuyer ses allégations⁵⁷ et encourt le risque de perdre le procès si ses allégations, contestées par l'autre partie, demeurent improuvées⁵⁸.

Ainsi, si elle estime qu'un écrit ou un document soutient ses dires, elle doit être en mesure de le verser au dossier de l'affaire. Si, en revanche, elle ne dispose pas elle-même du document tout en soupçonnant son adversaire d'être en sa possession, la procédure civile allemande relative à la preuve ne comporte pas (sous réserve du § 142 ZPO, cf. ci-dessous) d'obligation générale de

⁵³ La procédure civile est applicable tant pour les affaires civiles que les affaires commerciales, cf. p. ex. § 71 al. 1^{er} GVG.

⁵⁴ BGH, 9 mai 1996, n° de dossier III ZR 209/95, NJW-RR 1996, 1009 et s.

⁵⁵ Jurisprudence constante, cf. BGH, 10 mars 2010, n° doss. IV ZR 264/08, NJW-RR 2010, 1387, n° 9 ; BGH, 18 mai 2005, n° doss. VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, spéc. 2396.

⁵⁶ I. SAENGER, *op. cit.*, § 286, n° 58.

⁵⁷ Cet aspect de la charge de la preuve est souvent désigné comme « charge subjective de la preuve » (« *subjektive Beweislast* ») ou « charge de gérer la preuve » (« *Beweisführungslast* »), cf. LÜKE ET ARENS, *op. cit.*, n° 276.

⁵⁸ Cet aspect de la charge de la preuve est souvent désigné comme « charge objective de la preuve » (« *objektive Beweislast* »), cf. LÜKE ET ARENS, *op. cit.*, n° 276.

fournir des documents ou autres pièces susceptibles d'appuyer la position de la partie adverse. La Cour fédérale de Justice soutient en effet que nul n'est tenu de fournir à son adversaire les pièces dont celui-ci ne dispose pas déjà et qui seraient susceptibles d'appuyer sa cause⁵⁹.

Ce principe étant posé, la partie détentrice d'un document utile à l'établissement des faits litigieux peut éventuellement être contrainte de produire celui-ci, même s'il s'avère défavorable à sa cause (§ 423 et 425 ZPO). Il est toutefois rare qu'une hypothèse pareille se réalise, car cette obligation procédurale est subordonnée à l'existence d'une obligation substantielle de communiquer l'information en question, comme en matière de cession de créance (§ 402 BGB) ou en matière de mandat (§ 666 BGB)⁶⁰. Si la partie concernée n'obtempère pas, le juge pourra, dans certaines conditions, admettre comme preuve suffisante une simple copie du document, voire considérer comme prouvées les allégations de l'autre partie (cf. § 427 ZPO).

Au final, les risques de se voir contraint à produire un document défavorable à sa propre cause sont minimes. Mais cela ne vaut que tant que l'on se fonde sur les dispositions relatives à l'administration de la preuve au sens strict. Il en est tout autrement lorsque la production de documents est ordonnée en vertu du § 142 ZPO.

2. L'OBLIGATION DE PRODUIRE « CONTRE SOI » (§ 142 ZPO)

Les deux premiers alinéas du § 142 ZPO ont la teneur suivante :

§ 142. Anordnung der Urkundenvorlegung. (1) Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. [...]

(2) Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind. [...]

§ 142. Ordonnance de production d'acte. (1) Le tribunal peut ordonner qu'une partie ou un tiers produise le ou les écrits et autres documents se trouvant en sa possession auxquels l'une des parties s'est référée. [...]

(2) Les tiers ne sont pas tenus de produire [le document en question] dans la mesure où cela ne peut être raisonnablement exigé d'eux ou s'ils sont fondés à faire valoir une dispense de témoigner en vertu des § 383 à 385. [...]

Il n'est pas aisé de discerner la finalité de cette disposition. Il ne s'agit pas au départ d'une règle relative à la preuve au sens strict. La situation du § 142 ZPO dans le code semble indiquer qu'il se borne à établir un moyen d'accélérer la procédure en limitant d'emblée les points litigieux entre les parties⁶¹. D'ailleurs, l'ancienne version du paragraphe prévoyait seulement que lorsqu'une partie

⁵⁹ BGH, 11 juin 1990, n° doss. II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 : « [...] Grundsatz, daß keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt » ; cf. déjà BGH, 26. juin 1958, n° doss. II ZR 66/57, NJW 1958, 1491, spec. 1492.

⁶⁰ H. H. SEILER, *op. cit.*, § 666 n° 10 ; Dans des cas extrêmes, une obligation matérielle d'information peut aussi résulter du principe de bonne foi, cf. RG, 4 mai 1923, n° doss. II 310/22, RGZ 108, 1, spéc. p. 7 ; Ch. PAULUS, ZJP 104 (1991), 397, spéc. 403 ; H. SCHACK, *op. cit.*, n° 823.

⁶¹ Selon D. VON SELLE, in : *op. cit.*, § 142 n° 3, il s'agit d'une disposition consacrée à la direction matérielle de la procédure par le juge (« *Regelung der materiellen Prozessleitung* »).

appuyait ses allégations par un document en sa possession, le juge pouvait lui enjoindre de le produire, ce qui relevait alors simplement d'une bonne économie procédurale. La réforme du 27 juillet 2001⁶², sur laquelle repose en substance la rédaction actuelle du texte, a considérablement élargi le domaine du § 142 ZPO : le premier alinéa attribue à présent au juge le pouvoir d'exiger de la partie détentrice du document de le produire, même s'il ne lui est pas favorable, à la seule condition que ledit document ait été cité par la partie détentrice ou par son adversaire. Normalement, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation (*Ermessen*)⁶³, mais l'on peut estimer qu'il devra généralement exiger la remise du document lorsque celui-ci est désigné avec précision et qu'il se rapporte à des allégations litigieuses et circonstanciées⁶⁴.

Il a certes été soutenu⁶⁵ que le pouvoir attribué au juge devait être subordonné à l'existence d'une obligation légale de communication (cf. ci-dessus, § 423 et s., ZPO). La Cour fédérale de Justice a écarté expressément cette interprétation limitative⁶⁶. L'obligation procédurale de produire un document, même défavorable, sur fondement du § 142 ZPO n'est donc pas subordonnée à une obligation issue du droit substantiel comme le prévoit le § 423 ZPO.

Le § 142 ZPO est donc de nature à ébrécher le principe selon lequel nul ne doit être contraint à fournir des pièces à son désavantage. On a ainsi été amené à s'interroger sur des similitudes avec la *pre-trial discovery* américaine et des craintes en ce sens ont été exprimées en doctrine⁶⁷. Cependant, une pareille finalité du § 142 ZPO est expressément exclue par les travaux préparatoires de la réforme⁶⁸ qui appellent en effet le juge à user de son pouvoir d'appréciation en exigeant : un minimum de précision avec laquelle le document est désigné, sa capacité à lever le doute sur un point litigieux ainsi que le fait que sa production ne demande que peu d'efforts de la part de celui qui l'a en sa possession. En outre, le juge s'abstiendra éventuellement à ordonner sa remise lorsque dévoiler son contenu porterait atteinte aux droits de celui qui le détient (journal intime, photos personnelles, mais également secrets d'affaires)⁶⁹.

Si le juge décide d'enjoindre la production d'un tel document, le non-respect de cette décision entraîne des sanctions plus faibles que celles encourues dans la matière régie par les § 423 et s. ZPO. Le juge se limitera à tenir compte de ce refus dans le cadre de son appréciation libre des moyens de preuves en présence⁷⁰ ; il ne considérera donc pas nécessairement les allégations de l'autre partie comme prouvées, comme ce serait le cas selon le § 427 BGB.

B. LA COMMUNICATION DES INFORMATIONS ELECTRONIQUES

L'utilisation de données électroniques comme moyen de preuve n'est pas soumise à la procédure de la preuve littérale (*Urkundenbeweis*), mais, en vertu du § 371 alinéa 1^{er} ZPO, à la procédure dite de vérification personnelle du juge (*Augenscheinsbeweis*). La partie chargée

⁶² Loi du 27 juillet 2001 (*Gesetz zur Reform des Zivilprozesses*, BGBl. 2001 I, 1887 et s.

⁶³ BGH, 26 juin 2006, n° doss. XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989, n° 20.

⁶⁴ Cf. A. STADLER, in: *op. cit.*, § 142 n° 7.

⁶⁵ En ce sens GRUBER ET KIERLING, ZJP 116 (2003), 305, spéc. 311 et s.

⁶⁶ BGH, 26 juin 2006, n° doss. XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989, nos 19 et s.

⁶⁷ Cf. S. KONRAD, NJW 2004, 710 et s. ; G. WAGNER, JZ 2007, 706, spéc. 707 et s.

⁶⁸ *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses* du 15 mai 2001, BT-Drs. 14/6036, p. 120, en ligne : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406036.pdf>.

⁶⁹ D. VON SELLE, in : *op. cit.*, § 142 n° 1.1 ; A. STADLER, in : *op. cit.*, § 142 n° 7 ; ZEKOLLE ET BOLT, NJW 2002, 3129, spéc. 3130 et s.

⁷⁰ BGH, 26 juin 2006, n° doss. XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989, n° 20.

d'apporter la preuve peut, si de pareilles données se trouvent en possession de la partie adverse, demander au juge d'enjoindre à celle-ci de mettre ces données à disposition du tribunal soit en les déposant sur un support adéquat soit en les transmettant par voie électronique (§ 371, al. 2 ensemble avec § 144, al. 1^{er}, ZPO). Pour cette décision, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation⁷¹ qui s'aligne sur celui dont il dispose en vertu du § 142 ZPO en matière d'écrits⁷². Si la partie adverse refuse d'obtempérer, le tribunal ne pourra pas la forcer à produire mais pourra, en vertu du § 371 alinéa 3 ZPO, tenir compte du refus et considérer comme démontrées les allégations dont la preuve était recherchée⁷³. Cette décision aussi est laissée à l'appréciation du juge du fond qui pourra en décider autrement⁷⁴.

C. LA PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

Selon la nature et l'origine des informations confidentielles, leur protection repose sur des réglementations différentes. Il convient de distinguer les informations soumises à des règles de secret professionnel (1) des secrets de fabrications et autres secrets d'affaires (2).

1 LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL

Comme le droit français, le droit allemand accorde une protection particulière à des informations que certains professionnels peuvent acquérir dans l'exercice de leur activité. Ainsi, pour un membre d'une profession médicale, pour un avocat, un commissaire aux comptes, un expert-comptable, un conseiller familial ou en addiction, un assistant social, le fait de divulguer un « secret d'autrui » acquis dans l'exercice de son activité est passible d'une peine pénale (§ 203, StGB). Des sanctions disciplinaires peuvent s'y ajouter⁷⁵.

En sus de ces obligations de confidentialité, certains professionnels sont autorisés à refuser de témoigner lorsque le témoignage entraînerait la divulgation d'un secret professionnel (§ 53 et 53a StPO dans les affaires pénales, § 383 al. 1^{er}, 6^o, ZPO dans les affaires civiles et § 98 VwGO dans les affaires administratives). Ces dispenses sont complétées, en procédure pénale (§ 97, StPO), par l'interdiction faite au juge de saisir des documents comportant un échange entre le mis en examen (ou mis en cause) et l'une des personnes visées par la dispense des § 53 et 53a StPO, encore que cette interdiction ne concerne que les pièces se trouvant en la possession du professionnel, par hypothèse tiers à l'instance.

Mais si le document en question, issu par exemple d'une correspondance entretenue avec un avocat ou un expert-comptable, se trouve en possession d'une partie au procès, ces privilèges ne jouent pas de la même manière. En effet, les parties au procès civil sont tenues d'un devoir de vérité plus strict que des tiers⁷⁶. Le juge pourra cependant tenir compte du caractère confidentiel de la pièce dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation afin d'enjoindre ou non à la partie de

⁷¹ BGH, 22 sept. 2006, n° doss. V ZR 239/05, NJW-RR 2006, 1677, n° 13.

⁷² D. VON SELLE, in : *op. cit.*, § 144 n° 7 et s. ; A. STADLER, in : *op. cit.*, § 144 n° 3.

⁷³ D. VON SELLE, in : *op. cit.*, § 144 n° 10.

⁷⁴ D. VON SELLE, in : *op. cit.*, § 144 n° 10.

⁷⁵ Par exemple, les sanctions disciplinaires régies par les règles de déontologie des avocats (§ 43a, al. 2, § 113 BRAO) ou par la règles de la profession médicale (éditées par les *Länder*).

⁷⁶ R. GREGER, in : *op. cit.*, § 142 n° 14 ; A. STADLER, in : *op. cit.*, § 142 n° 7 ; ZEKOLL ET BOLT, NJW 2002, 3129, spéc. 3130.

verser la pièce aux débats⁷⁷. Selon la doctrine, la juge devrait pencher vers la non-production d'un pareil document sensible⁷⁸.

2. LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES

Le Tribunal fédéral constitutionnel (*Bundesverfassungsgericht*) définit les secrets d'affaires comme étant tout fait, toute circonstance et tout processus se rapportant à une entreprise qui ne sont pas divulgués au public et dont la non-diffusion est dans l'intérêt légitime de son ayant-droit.⁷⁹ Il peut s'agir d'un savoir-faire technique « au sens le plus large » (« *Betriebsgeheimnis* ») ou de données relatives à gestion même de l'entreprise (« *Geschäftsgeheimnis* »), tels le chiffre d'affaires, les rendements, les livres comptables, les listes de clients et des fournisseurs, les stratégies de marché, les garanties de solvabilité, les dépôts de brevets etc.⁸⁰

Le secret d'affaires est protégé au titre de la liberté professionnelle garantie par la loi fondamentale (*Grundgesetz, GG*, art. 12). Dès lors, toute action émanant d'un pouvoir public (législatif, exécutif ou juridictionnel) qui porterait atteinte au secret professionnel doit être fondée sur une loi parlementaire et être conforme au principe de proportionnalité (qui tient compte des éventuels intérêts divergents en présence)⁸¹.

Le juge saisi d'une demande d'une partie aux fins d'ordonner à la partie adverse de fournir, sur le fondement des § 142 ou 144 *ZPO*, un document qui contient un secret d'affaires, devra tenir compte de la protection constitutionnelle du secret d'affaires en plus de l'ensemble des circonstances de l'affaire afin de recevoir ou de rejeter la demande.

Un autre moyen de protection du secret d'affaires, discuté actuellement, est celui de l'introduction d'une procédure dite « *in camera* », par laquelle le tribunal enjoint à la partie possédant le document de le lui soumettre pour examen, dans un premier temps sans le dévoiler à l'autre partie⁸². Dans les matières où la codification d'une pareille procédure *in camera* fait défaut⁸³, le Tribunal constitutionnel ne semble cependant pas enclin à l'imposer⁸⁴.

II. LES MECANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA US DISCOVERY

Parmi les mécanismes dits de blocage de la procédure américaine de *pre-trial discovery*, nous distinguons ci-dessous entre le refus de faire suite à une demande d'entraide judiciaire (moyen de

⁷⁷ Sur le pouvoir d'appréciation du juge dans le cadre des § 142 et § 144 *ZPO*, cf. *supra*, n° 0 et n° 0.

⁷⁸ En ce sens, R. GREGER, in : *op. cit.*, § 142 n° 8 ; G. WAGNER, JZ 2007, 706, spéc. 716, va plus loin encore en se prononçant pour un droit absolu de la partie concernée de produire sa correspondance avec son avocat.

⁷⁹ BVerfG, 14 mars 2006, n° doss. 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041, n° 87.

⁸⁰ BVerfG, 14 mars 2006, n° doss. 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041, n° 87.

⁸¹ BVerfG, 14 mars 2006, n° doss. 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041, nos 95 et s.

⁸² Cf. A. STADLER, in : *op. cit.*, § 142 n° 7 ; G. WAGNER, JZ 2007, 706, spéc. 717 et s.

⁸³ Une pareille procédure n'est pas codifiée en matière de procédure civile, mais fait l'objet d'une réglementation détaillée pour les litiges en droit administratif, cf. § 99 VwGO.

⁸⁴ BVerfG, 14 mars 2006, n° doss. 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041, nos 112 et s.

droit procédural, A) et les dispositions sanctionnant pénalement ou civilement la communication de pièces situées en territoire allemand (moyen de droit substantiel, B).

A. LE MECANISME DE DROIT PROCEDURAL - LE REFUS DE COOPERATION

L'article 23 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale donne aux États signataires la possibilité de déclarer ne pas exécuter les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les systèmes de *common law* sous le nom de *pre-trial discovery of documents*. La République fédérale d'Allemagne a levé cette option et émis une déclaration en ce sens⁸⁵. Celle-ci a fait l'objet d'une transposition en droit interne :

*Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 22. Dezember 1977*⁸⁶

Loi du 22 décembre 1977 tendant à l'exécution de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale

§ 14. (1) Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren nach Artikel 23 des Übereinkommens zum Gegenstand haben, werden nicht erledigt.

§ 14. (1) Les commissions rogatoires ayant pour objet une procédure en vertu de l'article 23 de la Convention ne sont pas exécutées.

(2) Jedoch können, soweit die tragenden Grundsätze des deutschen Verfahrensrechts nicht entgegenstehen, solche Ersuchen unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen erledigt werden, nachdem die Voraussetzungen der Erledigung und das anzuwendende Verfahren durch Rechtsverordnung näher geregelt sind, die der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz⁸⁷ mit Zustimmung des Bundesrates erlassen kann.

(2) Cependant, autant que les principes porteurs du droit allemand de la procédure ne s'y opposent pas, de pareilles demandes peuvent être exécutées eu égard aux intérêts dignes de protection des parties concernées, après que les conditions de l'exécution et la procédure à appliquer se trouvent précisées par règlement [*Rechtsverordnung*]⁸⁸ du ministre fédéral de la Justice et de la protection des consommateurs après approbation du Conseil fédéral [Bundesrat].

Les dispositions ci-dessus habilite certes le ministère de la Justice à mettre en place, par voie d'un règlement (*Verordnung*), une procédure spéciale de coopération dans le domaine. Cependant, après les déconvenues d'une tentative avortée en 1988⁸⁹, le ministère n'a pas fait usage de cette habilitation⁹⁰. Par conséquent, les tribunaux allemands refusent systématiquement

⁸⁵ Cf. avis (*Bekanntmachung*) du 21 juin 1979, BGBl. 1979 II, 780, spéc. 781 (point B.5) ; la Convention étant entrée en vigueur à l'égard de l'Allemagne fédérale le 26 juin 1979.

⁸⁶ BGBl. 1977 I, 3105 et s.

⁸⁷ Passage en italique rajouté par l'art. 162 de la *Verordnung* du 31 août 2015, BGBl. 2015 I, 1474.

⁸⁸ Règlement de l'exécutif (gouvernement fédéral, ministre fédéral ou gouvernement d'une région), sur le fondement de la Constitution allemande (*Grundgesetz*, art. 80).

⁸⁹ REUFELS ET SCHERER, IPRax 2005, 456, spec. 457.

⁹⁰ S. PABST, in : *op. cit.*, Art. 23 HBewÜ, n° 10.

toute commission rogatoire en rapport avec une procédure de *pre-trial discovery of documents*⁹¹. Toutefois, cela ne fait pas barrage aux demandes qui, bien qu'issues d'une procédure de *pre-trial discovery*, ne visent pas la production de « documents », mais ont pour objet l'audition d'un témoin qui se trouve en territoire allemand, même si l'audition porte précisément sur le contenu d'un document⁹². Une pareille demande pourrait cependant être rejetée en vertu des dispositions de la Convention de la Haye si les questions posées ne présentent pas à un minimum de précision (art. 3, al. 1^{er}, f^o) ou si le témoin peut faire valoir une dispense de témoigner (art. 11), en particulier sur fondement du § 384 no 3 ZPO relatif aux secrets d'affaires⁹³.

Dans un récent projet de loi du 20 décembre 2016, il a été envisagé de modifier le § 14 de la loi de 1977 et d'admettre l'exécution de commissions rogatoires issues d'une procédure de *pre-trial discovery* sous certaines conditions⁹⁴ qui se seraient alignées sur la réglementation issue du § 142 ZPO⁹⁵. Les motifs du projet de loi comportent une réflexion détaillée sur les buts poursuivis par le législateur allemand de 1977 lorsqu'il avait refusé purement et simplement la coopération en matière de *pre-trial discovery*⁹⁶. Ils constatent que ces buts n'ont pas été atteints, dans la mesure où la jurisprudence américaine se considère en droit de contraindre les parties à obtempérer aux *discovery requests*, en vertu des règles de procédure de droit interne, alors que les documents à produire se trouvent dans un État tiers⁹⁷. L'idée d'un assouplissement de la législation allemande face à la *discovery* américaine, guidée entre autres par l'exemple français⁹⁸, était la suivante : il résulterait de la jurisprudence *Aérospatiale* que le juge américain se considère en droit de rechercher des documents extraterritoriaux par une *discovery* interne « surtout » si une commission rogatoire sur fondement de la Convention de La Haye n'avait pas de chances réalistes d'être exécutée⁹⁹. Dans les autres cas, la Cour Suprême des États-Unis inviterait les tribunaux américains à préférer, selon les circonstances de l'espèce, la commission rogatoire de la Convention¹⁰⁰. Selon les motifs du projet de loi, la législation allemande actuelle permettant de toute façon au juge d'enjoindre aux parties adverses de produire des documents qui se trouvent en leur possession¹⁰¹, une coopération en matière de *pre-trial discovery*, dans les limites de règles

⁹¹ Jurisprudence constante, cf. OLG Francfort-sur-Main, 16 mai 2013, n° doss. 20 VA 4/13, BeckRS 2013, 12264; OLG Düsseldorf, 28 déc. 2011, n° doss. 3 VA 2/11, juris, n° 23 et s. ; OLG Munich, 31 oct. 1980, n° doss. 9 VA 3/80, OLGZ 1981, 232, spéc. p. 233.

⁹² OLG Celle, 6 juill. 2007, n° doss. 16 VA 5/07, NJW-RR 2008, 78, spéc. 79 et s.

⁹³ OLG Celle, *loc. cit.*, spéc. p. 80.

⁹⁴ Cf. le § 14 du projet de loi du 20 décembre 2016 (BT-Drs. 18/10714, p. 11) : « Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren nach Artikel 23 des Übereinkommens zum Gegenstand haben, werden nur erledigt, wenn aus ihnen ersichtlich ist, dass

1. das Herausgabeverlangen nicht gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts, insbesondere gegen Grundrechte, verstößt,
2. die vorzulegenden Dokumente so genau bezeichnet sind, dass eine Identifizierung durch die herausgabepflichtige Partei möglich ist,
3. die vorzulegenden Dokumente für das jeweilige Verfahren und dessen Ausgang von unmittelbarer und eindeutig zu erkennender Bedeutung sind und
4. die vorzulegenden Dokumente sich im Besitz einer an dem Verfahren beteiligten Partei befinden. ».

⁹⁵ Sur le § 142 ZPO, cf. *supra*, nos 0 et s.

⁹⁶ Cf. les motifs du projet de loi, BT-Drs. 18/10714, p. 22 et s.

⁹⁷ BT-Drs. 18/10714, p. 22 et s., en se référant à la jurisprudence *Aérospatiale*, 482 U.S. 522 (1987).

⁹⁸ Cf. BT-Drs. 18/10714, p. 23, visant l'assouplissement de la déclaration du Gouvernement français du 19 janvier 1987, décret n° 89-43 du 24 janv. 1989, JORF du 28 janv. 1989, p. 1300.

⁹⁹ BT-Drs. 18/10714, p. 23.

¹⁰⁰ BT-Drs. 18/10714, p. 23.

¹⁰¹ Cf. *supra*, nos 0 et s.

alignées sur le § 142 ZPO, serait sans préjudice pour les justiciables allemands, tout en incitant les juges américains à préférer la voie de la Convention de La Haye¹⁰².

Le projet de loi a cependant été rejeté par la Commission droit et protection des consommateurs de la Diète fédérale (*Bundestag*) qui, tout en appréciant sa finalité exprimée, a exprimé ses doutes quant à la probabilité de voir se produire l'effet escompté et a mis en garde contre les risques possiblement encourus en matière de droit du travail et de protection des données¹⁰³. En attendant une nouvelle tentative de réforme, la Commission a proposé d'examiner de plus près les répercussions des mesures législatives prises par les autres États membres de la Convention¹⁰⁴.

En conclusion, le § 14 de la loi du 22 décembre 1977, purement procédural, se révèle peu efficace, puisque la jurisprudence américaine admet l'application du droit américain interne de la *pre-trial discovery* même pour les documents situés à l'étranger. En revanche, le droit allemand connaît d'autres mécanismes de blocage qui agissent sur le plan du droit substantiel.

B. LES MECANISMES DE DROIT SUBSTANTIEL

Il n'y a pas, en droit allemand, de règle de droit qui, à l'instar de la loi française n° 68-678 du 26 juillet 1968, formule une interdiction générale, sanctionnée sur le plan pénal ou civil, d'exiger ou de produire, dans le cadre d'une *pre-trial discovery* américaine, des documents situés sur le territoire allemand¹⁰⁵. Il existe cependant un certain nombre de lois spéciales qui, sans nécessairement avoir eu cet objectif en vue, se sont révélés susceptibles de former des barrages plus ou moins efficaces face à des investigations initiées lors d'une *pre-trial discovery*.

Parmi ces règles de droit substantiel, il convient de distinguer selon les intérêts protégés : un intérêt national ou collectif (1), l'intérêt d'un tiers (2) et enfin l'intérêt de la partie impliquée (3).

1. POUR LA PROTECTION D'UN INTERET NATIONAL OU COLLECTIF

Il s'agit du § 11 de la loi du 24 mai 1965 relative aux missions de l'État fédéral dans le domaine de la navigation maritime¹⁰⁶ :

¹⁰² BT-Drs. 18/10714, p. 23.

¹⁰³ *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)* du 22 mars 2017, BT-Drs. 18/11637, p. 4 et s.

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/11637, p. 5.

¹⁰⁵ A. JUNKER, JZ 1989, 121, spéc. 127; U. DROBNIG in : *op. cit.*, 114 et s.

¹⁰⁶ BGBl. II 1965, 833 (dernière modification en date : loi du 13 oct. 2016, BGBl. 2016 I, 2258).

Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt

§ 11. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Übermittlung von Unterlagen, die sich auf das Schifffahrtsgeschäft beziehen (insbesondere Verträge, Protokolle, Briefe, Studien, Marktberichte, Statistiken, Gutachten) und die Erteilung von Auskünften hierüber an Behörden und sonstige Stellen des Auslandes zu verbieten oder von einer Genehmigung abhängig zu machen, soweit dies erforderlich ist, um die deutsche Seeschifffahrt in der Freiheit ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu schützen.

Loi relative aux missions de l'État fédéral dans le domaine de la navigation maritime

§ 11. Le Ministère fédéral des transports et de l'infrastructure numérique est habilité, par règlement [*Rechtsverordnung*], d'interdire ou de faire dépendre d'une autorisation la transmission de documents afférents au commerce maritime (en particulier contrats, procès-verbaux, lettres, études, bulletins de marché, statistiques, expertises) et la communication d'informations qui s'y rapportent, à des administrations ou d'autres organismes, à mesure que cela est nécessaire pour protéger la navigation maritime allemande dans la liberté de son activité économique.

Le ministère des transports a fait usage de cette habilitation en édictant le règlement [*Rechtsverordnung*] du 14 décembre 1966 relatif à la transmission de documents de commerce maritime à des organismes étrangers¹⁰⁷. Celui-ci subordonne à l'autorisation du Ministère fédéral des transports et de l'infrastructure numérique la remise de documents (§ 1, al. 1) et la communication d'informations (§ 1, al. 2) lorsqu'ils se rapportent au commerce maritime. Il est notable que ni la loi ni le règlement n'attachent de sanctions à la communication non autorisée de documents qui ne figure pas dans la liste des infractions du § 15 de la loi du 24 mai 1965. Il semble que l'exécution de ces dispositions ne soit assurée que par des outils de droit administratif.

L'idée initiale du législateur semble avoir été celle d'une protection générale des secrets d'affaires en matière maritime ; il semble plausible qu'il ait eu pour objectif spécifique de contrer des mesures d'investigation issues d'une procédure américaine de *pre-trial discovery*¹⁰⁸ ; toutefois, les travaux préparatoires n'en font pas mention¹⁰⁹. Limités aux documents relatifs au commerce maritime, le § 11 de la loi du 24 mai 1965 et le règlement cité apparaissent être restés sans incidence pratique sensible dans le cadre de procédures de *pre-trial discovery*¹¹⁰. Il semble qu'il n'y ait, à ce jour, ni de jurisprudence allemande ni de jurisprudence américaine s'appuyant sur ces

¹⁰⁷ *Verordnung über die Übermittlung schiffahrtsgeschäftlicher Unterlagen an ausländische Stellen*, BGBl. 1966 II, 1542 (dernière modification en date : règlement du 31 août 2015, BGBl. 2015 I, 1474).

¹⁰⁸ La disposition aurait été une réponse à des enquêtes américaines visant des pratiques anticoncurrentielles en matière maritime, cf. S. P. BAUMGARTNER, 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1297 (2004), spéc. 1317 et s., n. 73 ; J. BASEDOW, NJW 1989, 627, spéc. 631, n. 53 ; E. M. DAVILA, 8 Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1 (2008), spéc. 12, n. 42.

¹⁰⁹ Cf. *Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Verkehr, Post- und Fernmeldewesen* du 24 févr. 1965, BT-Drs. 4/3133, p. 2.

¹¹⁰ En ce sens, A. BAREISS, *op. cit.*, 46, n. 183 ; K. MÖSSLE, *op. cit.*, 300, n. 90 ; M. KREUZEDER, DJ 2012, 55, spéc. 67, n. 45.

dispositions¹¹¹. Sur demande informelle de l'auteur de la présente étude, le Ministère allemand des transports et de l'infrastructure numérique (*Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur*) a signalé considérer que la disposition du § 11 de la loi du 24 mai 1965 ainsi que le règlement du 14 décembre 1966 étaient tombés en désuétude du fait de différentes conventions internationales (issues de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation maritime internationale et autres) et de la législation européenne.

2. POUR LA PROTECTION DE L'INTERET DES TIERS

Il s'agit de dispositions relatives à la protection des données privées, au secret des télécommunications et au secret professionnel.

Le droit allemand relatif à **la protection de données personnelles** (*Datenschutzrecht*) crée des tensions sérieuses avec le droit américain de la *pre-trial discovery*. La loi fédérale du 20 décembre 1990 relative à la protection des données (« BDSG »)¹¹² est applicable pour toute donnée qui se rapporte à une personne physique (« donnée personnelle »)¹¹³ et qui est recueillie en Allemagne par un organisme public fédéral¹¹⁴ ou un organisme privé ayant son siège dans un État de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (§ 1, al. 5, BDSG). Recueillir, trier, exporter et rendre accessible de données ainsi protégées n'est autorisé qu'avec le consentement de la personne concernée ou en vertu d'une règle de droit spéciale (§ 4, al. 1^{er}, BDSG)¹¹⁵. Ainsi, une entreprise allemande partie à une procédure américaine de *pre-trial discovery* qui détient une information personnelle (prélevée en territoire allemand) relative à une tierce personne (un salarié, par exemple), ne pourra dévoiler cette information que dans les conditions prévues par la BDSG¹¹⁶. Cela vaut même en présence d'une injonction du tribunal étranger de dévoiler cette information, car une obligation fondée sur un droit étranger n'est pas « une disposition spéciale » (§ 4 al. 1^{er}, BDSG) autorisant la communication¹¹⁷. L'entreprise qui donnerait cours à l'injonction commettrait une contravention (*Ordnungswidrigkeit*) passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 300 000 euros (§ 43, al. 3, BDSG). En présence d'une intention d'enrichissement ou d'une intention de nuire, l'acte, qualifiée de délit, entraîne, en plus de l'amende, une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux années (§ 44 BDSG)¹¹⁸. L'application des peines pénales n'exclut pas la responsabilité civile de l'auteur des faits¹¹⁹.

La protection des données personnelles est renforcée **dans le domaine des télécommunications**. Une entreprise qui permet à ses employés d'utiliser son infrastructure

¹¹¹ En tout cas, d'éventuelles décisions ne semblent relayées ni en doctrine allemande ni en doctrine américaine, cf. du côté allemand : A. BAREISS, *op. cit.*, 46, n. 183 ; P. EHLERS, *op. cit.*, § 11 SeeAufgG, n° 1 ; M. KREUZEDER, DJ 2012, 55, spéc. 67, n. 45 ; K. MÖSSLE, *op. cit.*, 300, n. 90 ; du côté américain : S. P. BAUMGARTNER, 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1297 (2004), spéc. 1317 et s., n. 73 ; BOLT ET WHEATLEY, 11 UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff. 1 (2006), spéc. 13, n. 78 ; E. M. DAVILA, 8 Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1 (2008), spéc. 12, n. 42.

¹¹² *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG), BGBl. 1990 I, 2954 (dernière modification en date: loi du 28 avr. 2017, BGBl. 2017 I, 968)

¹¹³ A. BAREISS, *op. cit.*, 54.

¹¹⁴ La protection de données détenues par des structures publiques régionales (des *Länder*) se trouve assurée par des lois régionales (*Landesdatenschutzgesetze*) ; cf. GOLA ET SCHOMERUS, in : *op. cit.*, § 1 BDSG, n° 32 et s.

¹¹⁵ A. BAREISS, *op. cit.*, 54 et s.

¹¹⁶ A. BAREISS, *op. cit.*, 54 et s. ; M. PODSDZIECH, *op. cit.*, 65 et s. ; RATH ET KLUG, K&R 2008, 569, spéc. 598 ; SPIES ET SCHRÖDER, MMR 2008, 275, spéc. 278 et s.

¹¹⁷ A. BAREISS, *op. cit.*, 57 ; RATH ET KLUG, K&R 2008, 569, spéc. 598.

¹¹⁸ A. BAREISS, *op. cit.*, 71 et s.

¹¹⁹ A. BAREISS, *op. cit.*, 73 et s.

internet est considérée comme un opérateur de télécommunication vis-à-vis de ses employés et elle est, de ce fait, astreinte au secret de la correspondance (§ 88, loi relative aux télécommunications, *TKG*¹²⁰), ce qui interdit la communication de ces données dans une *pre-trial discovery*¹²¹. Le non-respect de cette obligation est puni de cinq années de prison maximum ou d'une amende (§ 206, code pénal allemand, *Strafgesetzbuch, StGB*).

Enfin, une injonction de produire des documents ou informations sur quel que support que ce soit peut se heurter au **secret professionnel**. Cela touche en premier lieu les membres des professions citées plus haut¹²² qui encourent une peine de prison allant jusqu'à une année ou une amende (§ 203, *StGB*)¹²³. Mais cela concerne aussi les membres des professions tenues (seulement) d'une obligation contractuelle de secret, tel le secret bancaire¹²⁴.

3 POUR LA PROTECTION DE L'INTERET D'UNE PARTIE

La partie impliquée dans un procès devant un tribunal allemand peut aussi avoir un intérêt personnel légitime de ne pas dévoiler une information, notamment un secret d'affaires. Elle ne pourra pas se fonder sur le § 384 n° 3 *ZPO* car cette disposition ne protège que le tiers appelée à témoigner et non une partie qui défend sa propre cause¹²⁵. Cependant, les secrets d'affaires bénéficient de la protection de la loi fondamentale (art. 12, *GG* relatif à la liberté professionnelle) laquelle doit être considérée par le juge lorsqu'il évalue (§ 142, al. 1, *ZPO*) les intérêts en présence afin de décider d'enjoindre à une partie de produire le document comportant le secret d'affaire allégué¹²⁶. En d'autres termes, les secrets d'affaires d'une partie bénéficient d'une protection moindre que les secrets d'affaires d'une partie tierce détenus.

Il apparaît cependant qu'il n'existe pas de dispositif légal qui puisse faire office de loi de blocage vis-à-vis d'une injonction dans le cadre d'une procédure de *pre-trial discovery* faite à une partie qui, ayant son siège en Allemagne, est soucieuse de ne pas divulguer des secrets d'affaires stockés en territoire allemand.

III. LES MECANISMES DE BLOCAGE ET CONVENTION DE LA HAYE

A. UNE CONCEPTION ALLEMANDE MONISTE OU DUALISTE ?

Dans l'affaire *Aérospatiale*, le gouvernement allemand avait déclaré qu'une injonction d'un tribunal américain de produire des documents situés en Allemagne serait considérée comme une

¹²⁰ *Telekommunikationsgesetz*, BGBl. 2004, I 1190 (dernière modification en date : loi du 1^{er} juin 2017, BGBl. 2017 I, 1354).

¹²¹ A. BAREISS, *op. cit.*, 75 et s. ; RATH ET KLUG, K&R 2008, 569, spéc. 598 et s.

¹²² *Supra*, I, C, 1.

¹²³ A. BAREISS, *op. cit.*, 46, n. 183.

¹²⁴ A. BAREISS, *op. cit.*, 92 et s. ; U. BOSCH, IPRax 1984, 127.

¹²⁵ Cf. aussi *supra*, n° 0.

¹²⁶ Cf. *supra*, n° 0.

violation de sa souveraineté nationale¹²⁷. Une position similaire a été exprimée par le tribunal régional de Kiel : dans une instruction criminelle menée dans le Michigan, une *subpoena* avait été adressée à une banque allemande qui, à titre de tiers non mis en cause, devait remettre au *Grand Jury* certains documents portant sur ses relations d'affaires avec son client, à savoir la personne mise en cause dans l'affaire criminelle en cours d'instruction. La banque obtempéra à cette injonction pour les documents déjà situés en territoire américain. En revanche, pour les documents situés dans sa succursale de Kiel, le client en cause, se fondant sur le secret bancaire, assigna sa banque devant le Tribunal régional de Kiel par voie de référé afin de lui faire interdire la remise des documents au *Grand Jury*. Le tribunal allemand fit droit à cette demande, en référé¹²⁸ et sur le fond¹²⁹, au motif que « ni le tribunal de district américain qui eut rendu la décision concernée ni le ministère public des États-Unis ne disposent à l'égard du défendeur [la banque] d'un droit de juridiction ou de directive »¹³⁰. Il apparaît que le Gouvernement allemand eut affirmé la même position dans une note en marge de l'affaire¹³¹. L'on peut estimer que la décision du tribunal n'aurait pas été différente si, au lieu d'une *subpoena* adressée à un tiers dans une affaire criminelle, une partie civile eût fait l'objet d'une *discovery request* dans le cadre d'une affaire civile.

Ces prises de position sont de nature à appuyer une conception moniste, s'opposant à ce que des juridictions d'un État se fondent sur leur procédure interne pour contraindre l'une des parties à produire une pièce située dans le territoire d'un autre État. Elles sont cependant déjà relativement anciennes et n'ont jamais été confirmées par La Cour fédérale de Justice ou l'une des autres hautes cours allemandes. Les motifs du projet de loi qui avaient suggéré une ouverture contrôlée aux commissions rogatoires issus d'une *pre-trial discovery*¹³² ne se prononcent pas sur le caractère licite ou non de la pratique américaine d'exiger, sur fondement du droit de la procédure interne, la production de documents situés en Allemagne¹³³.

En revanche, la grande majorité de la doctrine allemande soutient aujourd'hui l'idée que la pratique des juges américains, même si elle est regrettable du point de vue de la politique judiciaire, ne constitue pas une violation de la souveraineté de l'État allemand. Les auteurs estiment que le droit international public s'oppose seulement à ce qu'un État, pour se procurer un document ou un autre moyen de preuve qui s'y trouve, se livre à une enquête sur le territoire d'un autre État, surtout lorsqu'il y emploie des moyens de coercition directe¹³⁴. Serait en revanche licite l'injonction d'un juge américain faite à l'une des parties de l'instance de produire des documents situés en

¹²⁷ Cf. *Brief for the Federal Republic of Germany as Amicus Curiae*, in : 25 ILM 1539, 1541 (1986) ; une déclaration semblable a été formulée par le Gouvernement allemand dans l'affaire *Anschuetz*, 754 F.2d 602 (1985), spec. 605.

¹²⁸ LG Kiel, 30 juin 1982, n° doss. 10 O 72/82, IPRax 1984, 146.

¹²⁹ LG Kiel, 23 août 1982, n° doss. 10 O 146/82, IPRax 1984, 147.

¹³⁰ « Weder dem Bezirksgericht, das die in Rede stehende Entscheidung erlassen hat, noch der Staatsanwaltschaft der Vereinigten Staaten steht gegenüber der Beklagten als einem deutschen Unternehmen ein Jurisdiktions- oder Weisungsrecht zu », LG Kiel, 23 août 1982, n° doss. 10 O 146/82, IPRax 1984, 146, spéc. 147.

¹³¹ C'est ce qu'affirme U. BOSCH, IPRax 1984, 127, spéc. 129 ; dans sa décision rendue en réaction de la décision allemande, le juge américain soutient n'avoir été prévenu de la position officielle allemande que par l'intermédiaire des avocats de la banque, cf. U.S. District Court for the Western District of Michigan, *In re Grand Jury 81-2*, 550 F. Supp. 24 (1982), spéc. 28 et s.

¹³² Cf. *supra*, n° 0.

¹³³ BT-Drs. 18/10714, p. 22 et s.

¹³⁴ D. B. ADLER, *op. cit.*, 432 ; E. D. ESCHENFELDER, IPRax 2006, 89, spéc. p. 95 ; H. SCHACK, *op. cit.*, n° 791 ; TH. WAZLAWIK, IPRax 2004, 396, spéc. 397.

Allemagne que la partie concernée serait amenée à y apporter elle-même, sous peine de perdre le procès¹³⁵.

L'on avance volontiers l'argument d'une pratique équivalente des tribunaux allemands. En effet, il est admis que le juge interne se trouve libre de fonder sur les règles de procédure allemande l'injonction qu'il fait aux parties de fournir les documents qu'il estime nécessaires pour trancher le litige, sans qu'il ne distingue selon le lieu où ils se trouvent¹³⁶. L'on relève que le cours d'une multitude de litiges transfrontaliers serait sérieusement entravé s'il fallait emprunter la voie d'une commission rogatoire à chaque fois que l'une des parties a son siège et, par conséquent, conserve ses actes et ses dossiers, de l'autre côté d'une frontière¹³⁷. Ainsi, un tribunal régional supérieur a pu estimer que le juge national se trouvait libre de faire convoquer, par l'entremise informelle d'un avocat, un témoin résidant à l'étranger qui a déjà donné son accord à l'audition¹³⁸. Même le Tribunal fédéral des brevets ne voyait aucun inconvénient à ce qu'un témoin situé en territoire étranger puisse être auditionné par vidéoconférence¹³⁹.

Par conséquent, il ne semble nullement acquis que la Cour fédérale de Justice défendrait une position moniste si elle était amenée à se prononcer sur la question.

B. L'ATTITUDE DES JURIDICTIONS AMERICAINES FACE A LA CONVENTION DE LA HAYE

En raison de la réserve exprimée par le Gouvernement allemand sur fondement de l'article 23 de la Convention de La Haye, il apparaît que les juridictions américaines ont adressé aux juridictions allemandes assez peu de commissions rogatoires issues d'une procédure de *pre-trial discovery*, dont la plupart durant les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye en Allemagne. Ainsi, une demande en ce sens venant d'un tribunal de district américain a été rejetée par le Tribunal régional supérieur de Munich¹⁴⁰. D'autres décisions américaines plus anciennes refusent de contraindre une partie allemande à produire des documents situés sur le sol allemand, en raison du fait que cette production devrait se faire par le biais d'une commission rogatoire régie par la Convention de la Haye, procédure rendue indisponible par la réserve exprimée par l'Allemagne¹⁴¹.

Depuis le milieu des années 1980, les juridictions américaines semblent avoir renoncé à se référer à la Convention de La Haye pour les preuves recherchées sur le sol allemand. Dans l'affaire

¹³⁵ D. B. ADLER, *op. cit.*, 432 et s. ; A. BAREISS, *op. cit.*, 42 et s. ; U. DROBNIG in : *op. cit.*, 114 et s. ; E. D. ESCHENFELDER, IPRax 2006, 89, spéc. 95 ; H. SCHACK, *op. cit.*, n° 817 ; P. SCHLOSSER in : *op. cit.*, 111, spéc. 112 ; R. STÜRNER, JZ 1987, 607, spéc. 610 ; WAZLAWIK, IPRax 2004, 396 ; comp. P. HEIDENBERGER, RIW 1986, 489, spéc. 491.

¹³⁶ A. BAREISS, *op. cit.*, 45 ; H. SCHACK, *op. cit.*, n° 791.

¹³⁷ R. STÜRNER, JZ 1987, 607, spéc. 610.

¹³⁸ OLG Schleswig, 2 déc. 1988, n° doss. 1 Str AR 31/88, NStZ 1989, 240 et s.

¹³⁹ BPatG, 16 juill. 2002, n° doss. W (pat) 32/98, GRUR 2003, 176.

¹⁴⁰ OLG Munich, 31 oct. 1980, n° doss. 9 VA 3/80, OLGZ 1981, 232.

¹⁴¹ California Court of Appeal, 1st Appellate District, 23 sept. 1981, *Volkswagenwerk*, 123 Cal.App.3d 840 (1981), spéc. 855 : « *We are compelled to conclude that because they conform to no West German law, treaty, or practice of which we have been made aware the discovery orders, if executed in West Germany under the authority of the respondent court, would violate West German judicial sovereignty.* » (Nous sommes obligés de conclure que, parce qu'il ne sont conformes à aucune loi, traité ou pratique ouest-allemande dont nous avons été informés, les *discovery orders*, s'ils étaient exécutés en Allemagne occidentale sous l'autorité du tribunal défendeur, violeraient la souveraineté judiciaire ouest-allemande.) D'autres décisions américaines avec une position semblable sont cités dans United States Court of Appeals for the Fifth Circuit (« 5th Cir. »), 7 mars 1985, *Ansuetz & Co.*, 754 F.2d 602 (1985), spéc. 606.

Anschütz (ou « *Anschutz* » ; « *Anschuetz* », selon l'orthographe employée), un bateau appartenant à une entreprise espagnole avait été impliqué dans une collision sur le Mississippi en 1979. La responsabilité civile de l'entreprise fut engagée dans un procès civil porté devant un tribunal fédéral de district de la Louisiane. Le système de navigation ayant été élaboré par la société allemande *Anschütz*, celle-ci fut appelée à intervenir au procès en tant que *third party defendant*¹⁴². Le tribunal de district ordonna la production de documents et l'audition de la partie en Allemagne ou, à défaut, aux États-Unis¹⁴³. La décision fut maintenue en appel par la Cour fédérale d'appel du 5^{ème} Circuit. Celle-ci estima que se limiter à la procédure de la Convention de La Haye pour se procurer les informations nécessaires situées sur le sol étranger procurerait aux parties étrangères l'inacceptable avantage de pouvoir exiger la production de tous les éléments que détient la partie adverse tout en retenant ceux qui se trouvent en sa possession sur sol étranger¹⁴⁴. Selon la Cour, la Convention de La Haye ne s'opposerait pas à ce qu'une juridiction américaine évalue les moyens de preuve initialement situés à l'étranger mais amenés sur le sol américain par la partie qui en avait la possession¹⁴⁵. En effet, le lieu de la *discovery* est alors censé être dans l'État de la juridiction saisie de l'affaire et non dans l'État étranger dans lequel l'information était située au départ¹⁴⁶. Ainsi, l'article 23 de la Convention autoriserait seulement les États tiers à exclure ou à limiter leur concours matériel aux enquêtes menées par une juridiction américaine. Il ne conférerait pas pour autant aux administrations étrangères le pouvoir de déterminer l'étendue de la *discovery* dont pourront faire l'objet leurs nationaux en procès devant une juridiction américaine¹⁴⁷. Enfin, la Cour tempéra quelque peu sa position en admettant que si les juridictions américaines avaient le « pouvoir » d'inclure des documents situés à l'étranger dans une procédure de *discovery*, elles ne devaient pas faire forcément usage de ce pouvoir. Selon les circonstances de l'espèce, une action pareille pourrait en effet s'avérer inopportune au vu du principe de la *comity* (la courtoisie internationale) qui établit des devoirs de bonne entente entre les juridictions américaines et étrangères. Selon l'opinion de la Cour, les juridictions doivent donc apprécier les faits de l'espèce pour décider d'inclure ou non des documents ou autres informations situés à l'étranger dans une procédure domestique de *pre-trial discovery*.

La même juridiction réitérera sa position quelques semaines plus tard dans l'affaire *Messerschmidt*¹⁴⁸. Après la décision *Aérospatiale*, cette solution fut maintenue dans les relations germano-américaines dans une multitude d'arrêts¹⁴⁹ ; la *pre-trial discovery* américaine a même été

¹⁴² 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 605 et s. ; cf. aussi le résumé de P. HEIDENBERGER, RIW 1986, 489, spéc. 490.

¹⁴³ 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 605

¹⁴⁴ 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 606.

¹⁴⁵ 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 611.

¹⁴⁶ 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 611.

¹⁴⁷ 5th Cir., 7 mars 1985, *Anschuetz & Co., loc. cit.*, spéc. 612 : « Art. 23 allows states to limit the scope of evidence taking for which they will employ their compulsory powers on behalf of foreign courts, but it does not give foreign authorities the significant prerogative of determining how much discovery may be taken from their nationals who are litigants before American courts. » (L'article 23 permet aux États de limiter la portée de la preuve recherchée pour laquelle ils emploieront leurs pouvoirs obligatoires pour le compte des tribunaux étrangers, mais il ne donne pas aux autorités étrangères la prérogative significative de déterminer l'étendue de la découverte exigée de leurs ressortissants qui plaident devant les tribunaux américains).

¹⁴⁸ 5th Cir., 18 avr. 1985, *Messerschmidt*, 757 F.2d 729 (1985).

¹⁴⁹ Cf. seulement United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (« 7th Cir. »), 24 janv. 2011, *Heraeus Kulzer GmbH v. Biomet Inc.*, ZD 2011, 173 ; U.S. District Court (Southern District of New York), 25 avr. 2014, 13 Mag. 2814, ZD 2014, 346 ; U.S. District Court (Southern District of California), 11 mars 2013, U.S. Dist. case n° 10-cv-1345-L (DHB), *Pershing Pacific West LLC v. Marinemax Inc.*, ZD 2013, 271 ; U.S. District Court (Utah), 21 janv. 2010, *AccessData Corp. v. ALSTE Technologies GmbH*, 2010 U.S. Dist. Case n° 2:08cv569, MMR 2010, 275.

jugée recevable sous certaines conditions alors que l'affaire principale était portée devant une juridiction allemande¹⁵⁰.

IV. LA RECEPTION PAR LE JUGE AMERICAIN DES LOIS ALLEMANDES DE BLOCAGE

À défaut de loi de blocage à vocation générale telle la loi française du 26 juillet 1968, les collisions se limitent aux lois de blocages spéciales. La loi allemande du 24 mai 1965 n'a, semble-t-il, laissé aucune empreinte dans la jurisprudence américaine¹⁵¹. En revanche, il existe un certain nombre de décisions américaines qui, dans le cadre d'une procédure de *pre-trial discovery*, se sont prononcées sur des injonctions de produire des informations susceptibles de se heurter au droit allemand relatif à la protection des données (la *BDSG*).

Dans une affaire datant de 1995, la Cour suprême du Texas eut à trancher la question de savoir si *Volkswagen*, en tant que partie au procès, était tenue de produire dans une procédure de *pre-trial discovery* l'annuaire interne comprenant les noms, qualités et numéros de téléphone de ses effectifs. Contrairement aux juges de première instance et d'appel¹⁵², la Cour suprême se rangea derrière les arguments de la partie allemande qui eut mis en avant le fait que remettre l'annuaire des effectifs à la partie adverse constituait une infraction pénale en vertu de la législation allemande relative à la protection des données¹⁵³. En s'appuyant sur section 442(1)(a) du *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, la Cour retient qu'une juridiction américaine peut être en droit d'exiger d'une partie à produire des documents, objets ou autres informations pertinents pour la procédure en cours, même si l'information ou la personne qui la détient se trouve en-dehors des États-Unis¹⁵⁴. S'il s'avère toutefois que l'État étranger protège l'information contre les procédures de *discovery*, la Cour estime nécessaire de mesurer les intérêts de la juridiction américaine et ceux de l'État étranger pour décider si la partie détentrice de l'information peut être éventuellement dispensée de la produire¹⁵⁵. Selon le raisonnement du *Restatement* adopté par la Cour, il s'agit de prendre en compte concrètement :

- 1^o l'importance pour l'enquête des documents ou informations demandés, 2^o le degré de précision de la demande, 3^o la question de savoir si l'information a été générée aux États-Unis, 4^o l'existence de moyens alternatifs pour se procurer l'information et 5^o l'ampleur du préjudice pour les intérêts respectifs de l'État étranger et des États-Unis si l'information était fournie ou pas¹⁵⁶. Si

¹⁵⁰ En ce sens 7th Cir. , 24 janv. 2011, *Heraeus Kulzer GmbH v. Biomet Inc.*, *loc. cit.*, spec. 174.

¹⁵¹ Cf. *supra*, n° 0 et s.

¹⁵² Court of Appeals of Texas (Corpus Christi), 30 mars 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, 897 S.W.2d 458 (Tex. App. 1995), spec. 463 et s.

¹⁵³ Texas Supreme Court (« Tex. »), 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, 909 S.W.2d 900.

¹⁵⁴ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 902.

¹⁵⁵ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 902 (« [...] when the laws of the foreign sovereign protect relevant information from discovery, the interests of the domestic court or agency must be balanced with those of the foreign sovereign »).

¹⁵⁶ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 902 : « In deciding whether to issue an order directing production of information located abroad, and in framing such an order, a court or agency in the United States should take into account the importance to the investigation or litigation of the documents or other information requested; the degree of specificity of the request; whether the information originated in the United States; the availability of alternative means of securing the information; and the extent to which noncompliance with the request would

la Cour admet que les deux premières conditions se trouvaient remplies en l'espèce, elle retient que l'annuaire a été établi en Allemagne et que la partie adverse disposait déjà de moyens indirects pour se procurer les informations nécessaires (notamment un annuaire ancien de tous les effectifs ainsi que l'annuaire à jour des effectifs aux États-Unis)¹⁵⁷. Quant au dernier critère, la Cour se fonde sur plusieurs expertises émanant de personnalités allemandes et américaine et sur les prises de position du défenseur des données personnelles (*Datenschutzbeauftragter*) du Land de Basse-Saxe et du Gouvernement allemand dans un *amicus curiae brief* pour reconnaître que la production de l'annuaire constituerait une violation du droit allemand¹⁵⁸ et porterait atteinte à des intérêts importants de l'État allemand ; en revanche, la non-production de l'annuaire ne serait pas préjudiciable outre mesure pour l'ordre juridique des États-Unis, d'autant plus que l'information pouvait être recueillie par d'autres moyens¹⁵⁹.

Il découle de cet arrêt que la cause du droit allemand de la protection des données dans une procédure de *pre-trial discovery* dépend des circonstances de chaque affaire.

Dans l'affaire *In re Vitamins Antitrust*¹⁶⁰ portée devant le Tribunal de district du District du Columbia en 2001, les juges ont préféré adopter une voie médiane. Les demandeurs avaient exigé la communication entre autres des identités de dirigeants, cadres et autres salariés de grands groupes pharmaceutiques allemands ainsi que leurs dossiers personnels. Les défendeurs firent valoir que ces informations tombaient sous le coup de la législation allemande de la protection des données, cette déclaration étant confirmée par des expertises, par un *Amicus Curiae Brief* du Gouvernement allemand et par une déclaration venant du défenseur des données personnelles du Land de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie¹⁶¹. Après avoir constaté que les informations exigées étaient nécessaires en l'espèce pour mener à bien la *discovery*, les juges admirent le caractère légitime de l'intérêt des parties allemandes à ne pas encourir de sanctions pénales en communiquant les données en question¹⁶². Néanmoins, ils enjoignirent dans un premier temps, aux parties allemandes de désigner, parmi les données exigées, celles qui étaient concrètement protégées par la *BDSG* et dans un deuxième temps, aux demandeurs d'identifier les données indispensables à la *pre-trial discovery*. Pour les données ainsi déterminées, le tribunal invitait les parties à conclure une « *Protective Order* » en s'accordant sur des mesures de nature à écarter la responsabilité pénale des parties allemandes¹⁶³.

Enfin, dans l'affaire *Accessdata Corp.*¹⁶⁴, une demanderesse américaine, en litige avec une entreprise informatique allemande à propos d'un logiciel défectueux, exigea de celle-ci dans le

undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state [or country] where the information is located ».

¹⁵⁷ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 902 et s.

¹⁵⁸ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 903.

¹⁵⁹ Tex., 16 nov. 1995, *AG Volkswagen v. Valdez*, *loc. cit.*, spéc. 903.

¹⁶⁰ U.S. District Court for the District of Columbia (« D.D.C. »), 20 juin 2001, *In re Vitamins Antitrust Litig.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 8904, 1 et s.

¹⁶¹ D.D.C., 20 juin 2001, *In re Vitamins Antitrust Litig.*, *loc. cit.*, spéc. 44 et s.

¹⁶² D.D.C., 20 juin 2001, *In re Vitamins Antitrust Litig.*, *loc. cit.*, spéc. 53 et s.

¹⁶³ D.D.C., 20 juin 2001, *In re Vitamins Antitrust Litig.*, *loc. cit.*, spéc. 53 et s. : « [...] the Court will allow defendants to file a privacy log detailing exactly what requested information would be covered by the German privacy laws. Plaintiffs may then determine whether that requested information is absolutely essential to their case and whether there is a way to amend the Protective Order to safeguard defendants from liability in the production of this information ».

¹⁶⁴ United States District Court for the District of Utah (« D. Utah »), 21 janv. 2010, *Accessdata Corp. v. Alste Techs*, U.S. Dist. case n° 2:08cv569, 2010, MMR 2010, 275.

cadre d'une *pre-trial discovery* la production de toute réclamation venant d'autres clients. Cette information devait comprendre entre autres l'identité des clients en question. L'entreprise fit valoir que la communication de ces informations violerait la BDSG. La Cour fédérale du district de l'Utah fit observer dans un premier temps que la partie allemande n'eut pas identifié de manière précise la règle de droit qui s'opposerait à la communication des informations demandées¹⁶⁵. La Cour se livra ensuite à une interprétation des dispositions allemandes et en conclut que celles-ci ne s'opposaient pas nécessairement à la communication de données personnelles¹⁶⁶. Enfin, elle déclara – de manière assez brève – que même en admettant que la communication violerait la loi allemande, il était constant que la jurisprudence Aérospatiale permettait aux tribunaux américains de passer outre une loi de blocage étrangère afin de mettre en œuvre une *pre-trial discovery*¹⁶⁷.

La jurisprudence américaine s'avère donc hétéroclite sur la question de savoir si le droit allemand de la protection des données est à même de faire barrage aux demandes d'information de *pre-trial discovery*. Le fait que la législation allemande est destinée à protéger un droit spécifique et qu'elle n'ait pas été établie dans le but de contrer la *pre-trial discovery* semble jouer en sa faveur dans les décisions américaines. Comme le démontre la décision du Tribunal fédéral de district de l'Utah, il n'y a cependant aucune garantie que la loi allemande prévale dans une procédure américaine. L'on retiendra enfin que les tribunaux américains estiment que c'est au défendeur de démontrer qu'une demande d'information viole une loi étrangère et que les juges ne se contentent pas d'un renvoi général à la législation concernée. Ils exigent en effet que soit démontré en quoi et quelle information précisément est de nature à violer une disposition étrangère particulière et n'hésitent pas à procéder eux-mêmes à l'application de la disposition en question, au risque d'en faire une interprétation différente de celle qui serait retenue par les tribunaux de l'État étranger.

¹⁶⁵ D. Utah, 21 janv. 2010, *Accessdata Corp. v. Alste Techs*, U.S. Dist. case n° 2:08cv569, 2010, *loc. cit.*

¹⁶⁶ D. Utah, 21 janv. 2010, *Accessdata Corp. v. Alste Techs*, U.S. Dist. case n° 2:08cv569, 2010, *loc. cit.*

¹⁶⁷ D. Utah, 21 janv. 2010, *Accessdata Corp. v. Alste Techs*, U.S. Dist. case n° 2:08cv569, 2010, MMR 2010, 275.



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

Les lois de blocage ont vu le jour au Royaume Uni en 1980¹⁶⁸ en réponse à la dimension internationale prise par les procédures dites anti-trust aux États-Unis.

Le début a été marqué par l'affaire *Westinghouse* liée au cartel de l'uranium, à partir de 1975¹⁶⁹. L'affaire *Atlantic Container Line* sur la fixation des frais de port, en 1979, y a également joué un rôle¹⁷⁰. Dans l'affaire *Westinghouse*, les tribunaux anglais, contrairement à ceux des autres pays, ont accepté d'exécuter les « lettres de requête » (*letters of request*, type commissions rogatoires) qui leur sont parvenues des États-Unis. Dans la procédure ainsi ouverte au Royaume-Uni, des témoins ont pu se voir exonérés de l'obligation de divulguer l'information requise, en faisant valoir l'exception de non-auto-incrimination (*privilege against self-incrimination*).

La loi de blocage proprement dite n'a pas connu d'applications importantes au Royaume-Uni, mais sa seule existence, doublée par le revirement de la jurisprudence depuis l'affaire *Westinghouse* a suffi pour constituer une approche stable régulièrement adoptée par les tribunaux anglais, en vue de protéger les ressortissants du Royaume-Uni contre les vastes demandes de production de preuves préalables aux procès, en provenance des États-Unis.

¹⁶⁸ *Protection of Trading Interests Act 1980*.

¹⁶⁹ *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contracts Litigation*, 405 F. Supp. 316 (J.P.M.D.L. 1975) and *Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd.*, 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980). *Westinghouse* a reçu 27 demandes similaires formulées par des compagnies d'électricité pour violation des contrats de fourniture d'uranium. *Westinghouse* a invoqué comme moyen de défense "l'impossibilité commerciale" de continuer à assurer cette fourniture en uranium du fait qu'un prétendu cartel de sociétés agissant au Royaume-Uni, au Canada, en Afrique du Sud et en Australie, aurait, selon ses allégations, multiplié par huit les prix de l'uranium. Les tribunaux américains ont adressé des "lettres de requête" (*letters of request*, type commission rogatoire) sollicitant une production d'informations préliminaires de grande envergure à l'encontre de ces sociétés, ce qui, combiné à la perspective de dommages-intérêts multiples, a soulevé de graves préoccupations en Angleterre. Ces lettres de requête ont donné lieu à cinq audiences et interventions du ministère de la Justice des États-Unis et du procureur général du Royaume-Uni. Voyez *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547.

¹⁷⁰ *United States v. Atlantic Container Line Ltd.*, No. 79-00271 (D.D.C., filed June 1, 1979); *United States v. Bates*, No. 79-00272 (D.D.C., filed June 1, 1979).

I. LA COMMUNICATION DES PREUVES : PRINCIPES, LIMITES ET EXCEPTIONS

A. DISPOSITIONS LEGALES ET *COMMON LAW*

En Angleterre et au pays de Galles, les affaires civiles et commerciales sont conduites selon les *Civil Procedure Rules - CPR* de 1998¹⁷¹, édictées en application du Code de Procédure Civile de 1997 (*Civil Procedure Act*)¹⁷², alors que les concepts de base de la matière relèvent de la *common law*.

Les actions civiles [*Parts (Parties) 26-29, CPR*] donnent lieu à trois types de procédures : la procédure dite des petits litiges (*small claims track*) qui traite généralement des litiges de faible montant, la procédure rapide (*fast track*) qui s'applique principalement aux demandes dont le montant se situe entre 10 000 et 25 000 livres sterling et la procédure à géométrie variable (*multi-track*) qui concerne les litiges confiés à des tribunaux spécialisés¹⁷³ et les demandes d'un montant supérieur à 25 000 livres sterling.

Des dispositions spéciales [Part 31, *CPR, Practice Direction, PD* (instructions de mise en œuvre), 31A et 31B] régissent la divulgation des documents dans les affaires civiles et commerciales selon la procédure rapide et la procédure à géométrie variable et la divulgation des documents électroniques. Le droit primaire prévoit la compétence pour ordonner la divulgation préalable¹⁷⁴ et la divulgation à l'encontre des tiers au procès¹⁷⁵. En vue d'ordonner la divulgation préalable à la procédure ou la divulgation à l'encontre des tiers au procès, la Haute Cour (*High Court*) possède une compétence dite inhérente, à savoir fondée sur son statut de successeur des anciens tribunaux de *common law*. Concernant la divulgation, c'est justement cette compétence inhérente

¹⁷¹ *Civil Procedure Rules - CPR* 1998, SI 1998/3123, telles que modifiées. Les *CPR* ont été amendées de nombreuses fois chaque année depuis leur entrée en vigueur le 26 avril 1999. Elles doivent être lus conjointement avec les instructions pratiques (*Practice Directions - PD*) émises par le ministère de la Justice. En septembre 2017, il y a eu 88 mises à jour apportant des modifications aux *CPR* et aux *PD*. Les versions à jour des *CPR* et des *PD* peuvent être consultées à l'adresse <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>.

¹⁷² Ces règles ont remplacé les Règles de la Cour suprême de 1965 (*Rules of the Supreme Court — RSC 1965*) et les Règles des tribunaux de comté (*County Court Rules*) de 1981 par un ensemble uniforme de règles applicables au tribunal de comté (*County Court*), à la Haute Cour (*High Court*) et à la Cour d'Appel (*Court of Appeal*).

¹⁷³ Par exemple, en matière commerciale, des sociétés ou de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁴ Senior Courts Act 1981, s 33 (High Court), County Courts Act 1984, s 52 (County Court), CPR, r 31.16 (Procedural rules on pre-action disclosure).

¹⁷⁵ Senior Courts Act 1981, s 34 (High Court), County Courts Act 1984, s 53 (County Court), CPR, r 31.17 (Procedural rules on non-party disclosure).

qui a été invoquée afin de permettre le développement, dans l'affaire *Norwich Pharmacal*, des ordonnances du juge¹⁷⁶, des autorisations de perquisition¹⁷⁷, et des ordonnances de divulgation de patrimoine par des injonctions conservatoires (*freezing injunctions*)¹⁷⁸.

B. DIVULGATION ET EXAMEN DES DOCUMENTS

Dans la procédure rapide et dans la procédure à géométrie variable les parties sont généralement tenues de se communiquer mutuellement un grand nombre de documents. Dans un premier temps, chaque partie doit mettre à la disposition des autres parties la liste des documents « dont elle a le contrôle », à savoir les documents en sa possession physique et les documents qu'elle a ou qu'elle a eu le droit de détenir ou d'examiner¹⁷⁹. La notion de « document » signifie tout support qui comporte l'enregistrement d'une information quelle qu'elle soit¹⁸⁰, y compris tout type de document électronique.

A l'étape suivante, chaque partie peut formuler une demande d'examen de ces documents ou de certains d'entre eux. Enfin, chaque partie fournit aux autres des copies des documents demandés. Cela survient à l'étape préliminaire au procès, d'habitude entre le moment où la procédure à suivre a été déterminée (procédure rapide ou à géométrie variable) et le moment où les parties se communiquent mutuellement les déclarations des témoins.

Techniquement, la procédure rapide et la procédure à géométrie variable sont différentes.

1. DANS LA PROCEDURE RAPIDE

« La divulgation standard » (*standard disclosure*)¹⁸¹ est celle de la procédure rapide. Cette procédure exige que les parties mentionnent, dans leurs listes de documents respectives, tous les documents :

- a) sur lesquels elles s'appuient ;

¹⁷⁶ *Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise Commissioners* [1974] AC 133, cf. *Blackstone's Civil Practice 2017* (Oxford: OUP) § 50.100 to 50.103.

¹⁷⁷ *Blackstone's Civil Practice 2017* (Oxford: OUP) chapter 39.

¹⁷⁸ Régies actuellement par CPR, r 25.1(1)(g), cf. *Blackstone's Civil Practice 2017* (Oxford: OUP) § 38.25.

¹⁷⁹ CPR, r 31.8.

¹⁸⁰ CPR, r 31.4.

¹⁸¹ Définie par CPR, r 31.6.

- b) qui ont une incidence négative sur leur propre thèse ou une incidence négative sur la thèse de toute autre partie, ou qui appuient la thèse d'une autre partie ; et
- c) dont la divulgation est prévue par une instruction de mise en œuvre (*PD*).

Pendant le procès, ne peuvent être invoqués que les « documents pertinents et admissibles ». Cette catégorie n'est pas définie par la règle 31.6 des CPR, mais elle est considérée comme étant plus large que la catégorie des documents à produire lors de la convocation d'un témoin (*witness summons*), limitée aux documents dont on peut exiger la présentation à l'audience¹⁸². Malgré l'étendue vaste de la règle 31.6, la divulgation standard est néanmoins plus restreinte que l'obligation de *discovery* qui existait avant 1999 (prévues par la règle 2 de l'ordre 24 des RSC de 1965, actuellement abrogée), à savoir l'obligation faite aux parties de divulguer des documents de type « *train of inquiry* » (qui peuvent déclencher une enquête). Il s'agissait des documents qui ne contenaient rien qui puisse avoir une incidence positive ou négative directe sur l'une des parties, mais qui auraient pu, traités individuellement ou en complément d'autres informations, orienter un avocat vers des recherches qui mèneraient éventuellement à des documents pertinents¹⁸³.

2. DANS LA PROCEDURE A GEOMETRIE VARIABLE

Dans la procédure à géométrie variable, le régime de la divulgation est plus flexible, son objectif est de garantir que la procédure de divulgation ne devienne trop coûteuse. Les parties sont tenues de fournir des rapports de divulgation¹⁸⁴ et des questionnaires relatifs aux documents électroniques¹⁸⁵. Les rapports de divulgation incluent une estimation financière des méthodes proposées pour réaliser la divulgation, dans le respect des dispositions des règles 3.12 à 3.18 des CPR relatives à l'affectation des coûts et de l'objectif global d'une bonne administration de la justice à un coût équitable¹⁸⁶. Les « juges de procédure » (*procedural judges*) peuvent rendre plusieurs types d'ordonnances dites de divulgation¹⁸⁷, ce qui fait que cette divulgation soit dénommée « divulgation selon un menu d'options » (*menu option disclosure*). La

¹⁸² CPR, r 34.2(5).

¹⁸³ *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co* (1882) 11 QBD 55.

¹⁸⁴ CPR, r 31.5(3).

¹⁸⁵ PD 31B and r 31.5(4).

¹⁸⁶ CPR, r 1.1(1).

¹⁸⁷ CPR, r 31.5(7).

divulgarion standard est l'une des options, tout comme la divulgation de type « *train of inquiry* » - qui mène potentiellement à des investigations¹⁸⁸. D'autres options sont la divulgation au cas par cas ou la divulgation des seuls documents sur lesquels on s'appuie en combinaison avec des demandes de divulgation spécifique¹⁸⁹.

Chaque partie est tenue d'une part, de conserver les documents dont elle a le contrôle et qui pourraient faire l'objet d'une demande de communication de l'autre partie et d'autre part, de mener ses recherches (sa propre enquête) de documents que l'autre partie pourrait être tenue de lui communiquer, en respectant le principe de proportionnalité¹⁹⁰.

Les limites de la recherche menée effectivement sont précisées dans la liste de documents¹⁹¹ et peuvent être contestées par l'autre partie. L'existence de documents protégés contre la divulgation (par un « privilège ») est mentionnée dans la deuxième partie de la liste de documents¹⁹². La liste de documents comporte une « déclaration de divulgation », à savoir une attestation portant sur l'exactitude de la liste des documents¹⁹³, signée, dans la plupart des cas, personnellement par la partie, et non par le représentant légal¹⁹⁴. Le devoir de divulgation subsiste jusqu'à la fin du procès¹⁹⁵.

3. DIVULGATION DE DOCUMENTS ELECTRONIQUES

Les documents électroniques posent plusieurs problèmes. Leur volume considérable¹⁹⁶ peut rendre le coût de la divulgation prohibitif. A cela s'ajoute la multitude de dispositifs électroniques et de logiciels susceptibles d'enregistrer des informations, le fait que beaucoup de clients ne semblent pas réaliser que leurs messages sous forme de texte peuvent être divulgués, la grande probabilité de la suppression des messages, et le fait que des informations utiles peuvent parfois être contenues dans les métadonnées.

¹⁸⁸ CPR, r 31.5(7(d)).

¹⁸⁹ Il existe une procédure distincte dite de divulgation spécifique (CPR, r 31.12). Elle permet au tribunal de rendre une ordonnance aux fins d'obliger une partie à divulguer des documents spécifiquement énoncés dans l'ordonnance. Une telle ordonnance est couramment prononcée contre une partie qui omet de faire spontanément une divulgation complète.

¹⁹⁰ CPR, r 31.7 et PD 31A, § 2.

¹⁹¹ CPR, r 31.7(3)

¹⁹² CPR, r 31.19(5).

¹⁹³ CPR, r 31.10(5).

¹⁹⁴ CPR, r 31.10(6). Le défaut de signature et les fausses déclarations sont des actes graves. Une fausse déclaration peut être sanctionnée comme un outrage au tribunal (CPR, r 31.23).

¹⁹⁵ CPR, r 31.11.

¹⁹⁶ Il y a eu des cas où des millions de documents électroniques pouvaient être recherchés.

Les annexes de l'instruction de mise en œuvre PD 31B comportent un questionnaire relatif aux documents électroniques qui peut être utilisé pour la divulgation de ce type de documents, accompagné d'une déclaration de conformité¹⁹⁷. La liste de documents sera fournie en format électronique de type CSV (données séparées par virgule) ou dans un autre format autorisé¹⁹⁸. Sauf accord ou ordre contraire, les documents électroniques sont divulgués dans leur forme originale, en conservant toutes les métadonnées. En matière d'utilisation des technologies, chaque partie est tenue de coopérer afin de permettre l'accès aux documents qui lui sont demandés¹⁹⁹.

Pour choisir la forme que prendra la divulgation des documents électroniques, les tribunaux suivent les principes ci-dessous²⁰⁰ :

- la gestion des documents électroniques doit être efficace afin d'en minimiser les coûts ;
- la technologie doit être au service de cette gestion efficace et efficiente ;
- la divulgation doit se faire de façon à servir l'objectif global de la procédure ;
- la forme sous laquelle les documents sont fournis en vue de leur examen par la partie qui les a demandés devrait garantir à celle-ci la même facilité d'accès, de recherche, de révision et d'affichage dont dispose la partie qui les communique ; et
- la divulgation des documents électroniques sans incidence sur la procédure peut être qualifiée de « charge excessive en termes de temps et de coût » pour la partie destinataire de la divulgation.

L'une des plus grandes difficultés pour tenir les coûts des communications de documents électroniques sous contrôle est liée à l'étendue des recherches telle que prévue à la règle 31.7 des CPR. Les facteurs à prendre en compte pour déterminer l'étendue de la divulgation sont :

- la nature et la complexité de la procédure,
- la facilité de récupération des documents et
- la disponibilité des documents ou de leur contenu dans d'autres sources²⁰¹.

Ainsi, une recherche limitée de documents électroniques a été considérée raisonnable dans l'affaire *Abela v Hammonds Suddards*²⁰². Dans l'affaire *Fiddes v Channel 4 Television Corporation*²⁰³, le coût technique d'une recherche tendant à identifier la sauvegarde de messages électroniques supprimés a été estimé à 10 000 livres sterling, alors que les coûts globaux avaient déjà été estimés à un million de livres sterling. La partie dont les e-mails d'une certaine période étaient recherchés avait d'abord affirmé les avoir supprimés puisque sa boîte mail était pleine, pour dire ensuite qu'elle n'avait pas envoyé de messages du tout pendant la période visée. De plus, la preuve ayant été finalement apportée que les documents recherchés

¹⁹⁷ PD 31B, § 11.

¹⁹⁸ PD 31B, § 30(2).

¹⁹⁹ PD 31B, § 31 à 33 et 36 ; *Montpellier Estates Ltd v Leeds City Council* [2012] EWHC 1343 (QB).

²⁰⁰ PD 31B, § 6.

²⁰¹ PD 31B, § 20 to 27.

²⁰² *Abela v Hammonds Suddards* (2008) LTL 9/12/2008.

²⁰³ *Fiddes v Channel 4 Television Corporation* [2010] EWCA Civ 516.

n'étaient pas significatifs pour la solution du litige, toutes autres recherches ont été abandonnées comme inutiles²⁰⁴.

Pour que les coûts des divulgations restent proportionnels à l'importance du litige, les parties et leurs conseils sont tenus de débattre de la technologie à utiliser pour la gestion de la divulgation des documents électroniques²⁰⁵ et des outils à utiliser pour identifier les documents qui doivent faire l'objet de la divulgation²⁰⁶. Dans l'affaire *Digicel (St Lucia) Ltd v Cable and Wireless plc*²⁰⁷ le juge a enjoint les conseils des parties à se rencontrer pour débattre de la solution optimale et la moins chère pour récupérer des adresses électroniques. Dans cette affaire, des recherches ciblées par mot-clé (r 25 à 27, PD 31B) ont été considérées inappropriées.

Selon les circonstances de l'affaire, certaines des instructions ci-dessus peuvent être données pour gérer la divulgation des documents électroniques :

- définir précisément les modalités de collecte des documents électroniques. Il s'agira d'identifier les personnes dont les documents électroniques devraient faire l'objet de la divulgation et leurs dispositifs électroniques (ordinateurs de bureau ou portables, assistant personnel-PDA, téléphones mobiles, etc.) qui devraient y être soumis, de définir la période de temps sur laquelle la recherche devra être effectuée et si cette recherche devrait inclure les fichiers supprimés et ceux qui se trouvent dans des dispositifs de sauvegarde ;

- définir l'étendue de la collecte de documents à communiquer à l'autre partie. Un nombre important de documents demandés nécessite des instructions de recherche complexes ;

- définir les modalités de recherche selon le principe dit de la proportionnalité. Il s'agit d'assurer la pertinence des documents collectés par l'utilisation de mots-clés ;

- utiliser des logiciels destinés à identifier les doublons afin de réduire le nombre de documents à communiquer²⁰⁸ ;

- désigner un expert en technologies de l'information comme responsable du volet technique de la recherche.

C. CONFIDENTIALITE

En Angleterre et au Pays de Galles, la confidentialité ne constitue pas un empêchement absolu à la divulgation des documents, dans la mesure où la divulgation est nécessaire dans l'intérêt du procès²⁰⁹. Cependant, le juge peut décider de préserver la confidentialité dès lors que les besoins du litige peuvent être servis par une version censurée des documents ou par la divulgation des informations nécessaires à partir d'une autre source²¹⁰. Le juge peut également décider que les audiences se dérouleront à huis clos lorsque l'affaire porte sur des

²⁰⁴ *Fiddes v Channel 4 Television Corporation* [2010] EWCA Civ 516.

²⁰⁵ PD 31B, § 8.

²⁰⁶ PD 31B, § 9.

²⁰⁷ *Digicel (St Lucia) Ltd v Cable and Wireless plc* [2008] EWHC 2522 (Ch).

²⁰⁸ *Goodale v Ministry of Justice* (2009) LTL 9/9/2010

²⁰⁹ *Science Research Council v Nassé* [1980] AC 1028; *Three Rivers District Council v Bank of England (No. 5)* [2002] EWHC 2309 (Comm).

²¹⁰ *Science Research Council v Nassé; Wallace Smith Trust Co. Ltd v Deloitte Haskins and Sells* [1997] 1 WLR 257

informations confidentielles et que le caractère public de la procédure risque de porter atteinte à cette confidentialité²¹¹. Le juge peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés pour préserver la confidentialité des informations financières ou des secrets commerciaux²¹². Il s'agit de pouvoirs discrétionnaires, dont la mise en œuvre n'est pas de plein droit.

D. « PRIVILEGES »

Le droit anglais reconnaît un certain nombre de catégories de documents ou d'informations protégés contre la libre communication par des « privilèges » (*privilege*), dont le régime rappelle celui des exceptions de procédure en droit français, et un devoir de refuser la communication de ces documents si cela est dans l'intérêt général. En traitant de l'étendue de ces concepts, Lord Edmund-Davies affirmait²¹³: « on devrait partir de l'idée de base que, tout bien considéré, l'intérêt général est servi au mieux par le cantonnement rigoureux dans une sphère étroite des affaires dans lesquelles la communication des informations pertinentes peut être légalement refusée. La justice est mieux servie par la franchise que par la suppression. »

Le privilège de la consultation juridique (*Legal Advice Privilege*) constitue un volet du privilège de non-divulgence des communications entre un avocat et son client (*legal professional privilege*). Son rôle est de protéger les communications confidentielles dont l'objet est de donner ou de recevoir du conseil juridique, entre un représentant légal et un client. Il n'est pas relevant si la communication a lieu directement entre le client et le conseil juridique ou par l'intermédiaire d'un agent²¹⁴. Le principe veut que le client puisse recevoir de l'assistance juridique en toute confiance. Le privilège profite donc au client, non au conseil.

Le privilège relatif au litige (*Litigation Privilege*) constitue un autre volet du privilège de non-divulgence des communications entre un avocat et son client. Il protège les communications confidentielles entre le représentant légal ou un client et un tiers lorsque le document ainsi créé ou son contenu est destiné à être utilisé afin d'obtenir du conseil juridique ou de l'assistance pour la conduite d'un litige dont la perspective apparaissait comme raisonnable au moment de la création du document. Une fois de plus, le privilège est accordé au client.

Les documents de travail des conseils juridiques ne sont pas, sauf exception expresse, couverts par un privilège. Seront toutefois couverts par le privilège une série de documents rassemblés ou copiés par l'avocat d'une partie qui risqueraient d'indiquer l'orientation des conseils prodigués à la partie²¹⁵. Afin de se voir accorder ce privilège, il est nécessaire de prouver que la documentation présente des caractéristiques ou des compléments à même de suggérer (d'offrir un indice quant à) l'orientation des conseils prodigués au client²¹⁶.

²¹¹ CPR, r 39.2(3)(c).

²¹² *SARPD Oil International Ltd v Addax Energy SA* [2016] EWCA Civ 120 at [18].

²¹³ *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521 at 543.

²¹⁴ *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England (No 6)* [2005] 1 AC 610 at [50].

²¹⁵ *Lyell v Kennedy (No. 3)* [1884] 27 ChD 1.

²¹⁶ *In re RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC 3161 (Ch).

Le privilège de l'intérêt commun (*Common Interest Privilege*) est une autre forme du privilège de non-divulgence des communications entre un avocat et son client, dans le contexte d'un litige éventuel dans lequel plusieurs personnes ont un intérêt commun²¹⁷.

Le privilège de refuser l'auto-incrimination (*Privilege Against Self-Incrimination*) garantit qu'une personne ne peut se voir obligée de produire un document, ni de répondre à une question si le document ou la réponse pourrait exposer cette personne, son conjoint ou son partenaire civil au risque d'être poursuivi ou mis en cause dans une procédure pénale ou d'encourir une peine²¹⁸. Si le risque de poursuites n'est pas réel, le privilège n'opère pas²¹⁹. Egalement, la loi prévoit une série de limitations à l'application du privilège²²⁰. Lorsque le risque de poursuites résulte d'une infraction qui relève de la compétence du tribunal qui juge l'affaire, le privilège est absolu. Lorsque l'éventuelle infraction peut être jugée en dehors de ce tribunal, les tribunaux anglais considèrent que les intérêts nationaux peuvent se trouver en conflit et ils en déduisent que l'appréciation de l'existence d'un risque de poursuites en dehors de leur juridiction relève de leur pouvoir discrétionnaire. Le tribunal peut donc décider de façon discrétionnaire d'ordonner la production d'informations ou de documents.

Tel a été le cas dans une affaire²²¹ où, pour éviter une ordonnance de divulgation, le défendeur avait invoqué les poursuites pénales encourues en vertu de sa loi nationale, la loi française de blocage (loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980, art 1 bis). Le tribunal a été fortement influencé par le fait qu'une seule poursuite en vertu du statut de blocage en France a été identifiée par le ministère français de la Justice.

Le privilège dit sans préjudice a pour but d'encourager la résolution des litiges à l'amiable. Ainsi, les communications entre les parties et leurs conseils en vue de la recherche effective d'un accord amiable sont exemptées de l'obligation de divulgation pour tout litige présent ou futur²²². Ce privilège opère uniquement lorsque, faute d'arriver à un accord, les parties envisagent ou auraient raisonnablement pu envisager le litige²²³. Dans un certain nombre de cas, ce privilège ne s'applique pas, par exemple lorsque les communications sont nécessaires comme preuve d'un accord contesté. Lorsqu'il s'applique, ce privilège est dit commun, donc il ne peut y être renoncé qu'après accord des deux parties.

L'immunité d'intérêt général (*Public Interest Immunity*), concept connu auparavant sous le nom de privilège de la Couronne (*Crown privilege*), n'est pas un privilège au sens strict du terme, mais plutôt un devoir de refuser la communication des informations et des documents dont la divulgation risque de porter atteinte à l'intérêt général. Le tribunal agit souvent sur la base d'un certificat ministériel décrivant les éléments qui fondent la demande de protection²²⁴.

²¹⁷ *Buttes Gas and Oil Co. v Hammer (No. 3)* [1981] QB 223.

²¹⁸ *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253; Civil Evidence Act 1968, s 14(1).

²¹⁹ *AT & T Istel Ltd v Tully* [1993] AC 45.

²²⁰ Theft Act 1968, s 31; Senior Courts Act 1981, s 72; Banking Act 1987, s 42; Children Act 1989, s 98 and Fraud Act 2006, s 13.

²²¹ *Secretary of State for Health v Servier Laboratories Ltd* [2013] EWCA Civ 1234, arrêt qui avait fait l'application de *Morris v Banque Arabe et Internationale d'Investissement* [2000] CP Rep 65.

²²² *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16.

²²³ *Barnetson v Framlington Group Ltd* [2007] EWCA Civ 502.

²²⁴ *Conway v Rimmer* [1968] AC 910.

II. COMPARAISON DES DROITS ANGLAIS ET AMERICAIN

Aux États-Unis, la divulgation de documents est régie par la règle 26 du Code de procédure civile fédéral - *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP-US)*, corroborées par celles de la règle 34 relative à la production des documents, aux documents sur support électronique etc., et celles de la règle 37 relative aux sanctions encourues en cas de manquement à la divulgation intégrale.

A. DIFFERENCES

La différence la plus évidente entre les États-Unis et l'Angleterre concernant la procédure préalable au procès est que le contentieux anglais ne comprend pas la vaste procédure préalable de déposition (*pre-trial deposition procedures, FRCP, r 27-32*) prévue aux États-Unis. En droit anglais, la déposition préalable au procès consiste en une consignation écrite d'une preuve émanant d'un témoin, qui sera examinée avant le procès, mais de la même manière dont un témoignage est consigné et examiné devant le tribunal. Il n'existe aucun équivalent anglais de la déposition préalable orale des tiers (*oral deposition of non-parties*) en tant que partie intégrante de la procédure de divulgation²²⁵. En Angleterre, la déposition préalable écrite est une exception rare à la règle qui s'applique durant le procès et selon laquelle les témoins déposent oralement à l'instance (*CPR, r 32.2 (1)*). D'autres exceptions concernent sans surprise les témoins qui ne peuvent pas assister au procès en raison de leur grand âge ou de leur infirmité (*CPR, rr 34.8 à 34.15*).

Aux fins de cette analyse, la deuxième différence la plus importante est à trouver à partir des *FRCP-US*, dont la règle 26(b)(1) stipule : « Les parties peuvent obtenir la divulgation de tout élément qui ne fait pas l'objet d'un privilège à condition que la divulgation soit pertinente pour soutenir la demande ou la défense de toute partie et proportionnelle aux besoins de l'affaire, compte tenu de l'importance des enjeux du litige, des montants en cause, de l'accès relatif des parties à l'information pertinente, des ressources des parties, de l'importance de la divulgation dans la solution du litige, et en jugeant si le fardeau ou les coûts de la divulgation proposée l'emportent sur le bénéfice estimé. L'information relevant du champ de la divulgation n'est pas soumise à la condition d'admissibilité en tant que preuve pour être communicable ».

Une version antérieure de la règle, dont la formulation diffère seulement légèrement, a été invoquée dans l'affaire *First American Corp v Al-Nahyan*²²⁶. Sir Richard Scott V-C remarquait que la règle permet non seulement la production des preuves admissibles mais également la production d'informations permettant une enquête à la recherche de preuves admissibles. Cette dernière démarche est inadmissible en Angleterre : une demande de divulgation de ce type serait rejetée en vertu de l'article 2 (3) de la loi de 1975 sur la preuve [*Proceedings in Other Jurisdictions Act 1975, s2(3)*].

²²⁵ *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547 at 634.

²²⁶ *First American Corp v Al-Nahyan* [1998] 4 All ER 439 at 450.

B. SIMILITUDES

Vu que les États-Unis et l'Angleterre et le pays de Galles sont tous les deux des systèmes de *common law*, il existe, sans surprise, beaucoup de similitudes des concepts en matière de divulgation de documents.

Aux États-Unis, les parties sont tenues de divulguer les documents qui sont en leur « possession, garde ou contrôle »²²⁷. L'équivalent anglais est « contrôle »²²⁸, mais la définition de ce terme comprend la possession physique (l'équivalent de « possession » et « garde ») et le droit d'examiner ou d'en faire des copies, ce qui correspond globalement au « contrôle » des États-Unis. La législation anglaise antérieure aux *CPR* exigeait d'ailleurs la divulgation des documents en « la possession, la garde ou le pouvoir »²²⁹ d'une partie, ce qui rappelle évidemment les *FRCP*.

Avant l'entrée en vigueur des *CPR*, il existait en droit anglais une obligation de divulguer sans qu'une ordonnance du juge soit nécessaire²³⁰, ce qui aurait été l'équivalent de la règle 26(a)(1)(A) des *FRCP-US*, mais la divulgation actuelle est fondée sur les instructions pour le traitement des dossiers émises par le tribunal²³¹.

En Angleterre, la divulgation des documents, bien que vaste, vise à faire connaître et à examiner les documents, et donc implicitement à définir les paramètres de recherche selon la date, la localisation et les types de dispositifs électroniques de stockage de données (*CPR*, r 31.10). Il n'existe aucune disposition légale imposant que soient identifiés les noms et adresses de ceux qui pourraient détenir des documents communicables, contrairement à la règle 26(a)(1)(A)(i) des *FRCP-US*.

Dans le système anglais, le calcul des dommages-intérêts est régi par les règles relatives la plaidoirie²³², tandis qu'aux États-Unis, les obligations ordinaires de divulgation (Partie 31) couvrent les informations relatives aux dommages-intérêts. De même, les contrats d'assurance font l'objet de la divulgation dans la procédure américaine (règle 26(a)(1)(A)(iv), *FRCP-US*), mais pas dans la procédure anglaise²³³.

Malgré des libellés complètement différents, des similarités sont à signaler quant aux conditions requises pour invoquer un privilège (*FCRP-US*, r 26(b)(5)(A)), la restitution des documents protégés par un privilège et divulgués accidentellement (*FCRP-US*, r 26(b)(5)(B)), l'obligation continue de divulgation (*FRCP-US*, r 26(e)(1)), la concertation avec les autres parties pour établir un plan de divulgation (*FRCP-US*, r 26(f)). La règle 26(f)(3) des *FRCP-US* rappelle des éléments de la divulgation avec menu d'options (*menu option disclosure*) anglaise.

²²⁷ *FRCP*, r 26(1)(A)(ii).

²²⁸ *CPR*, r 31.8(1).

²²⁹ *RSC* 1965, ord 24, r 3(1).

²³⁰ *RSC* 1965, ord 24, r 2.

²³¹ *CPR*, r 31.5.

²³² *PD* 16, § 4.2, par exemple. Comparez avec *FRCP*, r 26(a)(1)(A)(iii).

²³³ *Gerald R Smith & Partners v Wylie*, CA, 28 July 1994. Les seules exceptions concernent les situations où l'existence d'une assurance influe sur la décision à prononcer dans l'affaire.

Aux États-Unis, les documents divulgués sont signés par un avocat (*attorney*) (*FRCP-US*, r 26(g)(1)), ce qui protège dans une certaine mesure la partie qui peut ainsi le tenir responsable pour toute insuffisance. En règle générale, en Angleterre, la déclaration de divulgation doit être signée personnellement par la partie intéressée, et cela même lorsqu'elle a un représentant légal²³⁴. Les peines encourues en cas de manquement sont en principe similaires aux États-Unis (*FRCP-US*, r 26(g)(3) et 37) et en Angleterre. Dans les deux systèmes, le tribunal peut condamner la partie défaillante pour outrage au tribunal (*contempt of court*) ou, plus couramment, prononcer des sanctions pécuniaires à son encontre ou tirer des conclusions qui le feront pencher du côté de la partie adverse.

Le système anglais antérieur à 1999 distinguait entre deux types d'assignation des témoins : *subpoena ad testificandum* qui exigeait qu'un témoin se présente devant le juge pour un témoignage à l'oral, et *subpoena duces tecum* qui exigeait qu'un témoin produise des documents au procès. Cette terminologie subsiste aux États-Unis²³⁵, tandis qu'en Angleterre les citations à témoin modernes réunissent les deux concepts dans un seul²³⁶. En droit anglais, une citation à témoin en vue de présenter des documents doit préciser les documents que le témoin est tenu d'apporter devant le tribunal, la sphère des documents visés étant limitée à ceux qui sont à la fois pertinents et admissibles au procès. La loi anglaise ne permet pas d'obliger un témoin à déposer ou à produire un document. La loi anglaise ne contient pas non plus, dans ses *CPR*, aucun équivalent de la règle 45(e) des *FRCP-US* qui impose aux témoins des obligations rigoureuses de produire les livres tenus dans la conduite régulière des affaires.

III. LA PRODUCTION DES PREUVES A LA DEMANDE DES TRIBUNAUX ETRANGERS

A. LE DROIT INTERNE

La compétence des tribunaux anglais pour recueillir des dépositions de témoins ou plus généralement des preuves en possession de tiers se trouvant dans le ressort des tribunaux d'Angleterre et du pays de Galles, à l'appui d'une procédure ouverte devant des tribunaux étrangers, a depuis toujours été exclusivement légale²³⁷. Une première loi *Foreign Tribunals Evidence Act 1856* a été remplacée par la *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975* toujours en vigueur. Le Royaume Uni a signé des conventions bilatérales relatives à l'obtention des preuves avec 26 pays²³⁸, dont la plupart sont également signataires de la Convention de La Haye. La Convention de La Haye a été ratifiée par le Royaume Uni au 16 juillet 1976 et est entrée en vigueur au Royaume-Uni au 14 septembre 1976²³⁹. A compter du

²³⁴ CPR, r 31.10(6).

²³⁵ Voyez les notes aux *FRCP*, r 45.

²³⁶ CPR, r 34.2 et formulaire FP25.

²³⁷ *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547, 608 (Lord Diplock).

²³⁸ Voyez Cockerill, *The Law and Practice of Compelled Evidence in Civil Proceedings* (Oxford: OUP, 2011), n° 5.16.

²³⁹ Cmnd 6727 (1977); <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1977/TS0020.pdf>.

1^{er} janvier 2004, le *Règlement (CE) no 1206/2001 du Conseil* s'applique à l'obtention des preuves pour le compte des tribunaux d'autres États membres (à l'exception du Danemark)²⁴⁰.

L'un des objectifs principaux de *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* de 1975 a été de mettre en œuvre les obligations assumées par Royaume-Uni en vertu de la Convention de La Haye. Cette loi dépasse la simple mise en œuvre de la Convention de La Haye et vise entre autres à englober dans une loi unique les compétences de la Haute Cour et d'autres juridictions de degré supérieur au Royaume-Uni en la matière. Conformément au (a) du premier article, la loi s'applique aux demandes qui proviennent d'un pays étranger ou d'un territoire hors du Royaume-Uni, autres que les pays membres désignés par le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil.

Par conséquent, les *letters of request* (commissions rogatoires) sont traitées de manière uniforme au Royaume-Uni, par les dispositions de *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975* et des règles 34.16 à 34.21 des *CPR*, qu'elles proviennent des États signataires de la Convention de La Haye, d'un pays qui a signé une convention bilatérale avec le Royaume Uni, ou d'un État non lié au Royaume-Uni par convention. Un deuxième système, régit par les règles 34.22 à 34.24 des *CPR*, s'applique aux demandes qui tombent sous l'incidence du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil.

Le principe général adopté par les tribunaux anglais est que, dans l'intérêt de la courtoisie internationale²⁴¹ « il est notre devoir et notre plaisir de faire tout le possible pour assister le tribunal [étranger], de la même façon que nous souhaiterions être assisté par lui dans des circonstances similaires. »²⁴²

B. LA CONVENTION DE LA HAYE

Au moment de la ratification de la Convention de La Haye, le Royaume-Uni a effectué une déclaration conformément à l'article 23²⁴³ : « Conformément à l'article 23, le Gouvernement de Sa Majesté déclare que le Royaume-Uni n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de «*pre-trial discovery of documents* ». Ce dernier concept est entendu comme comprenant toute commission rogatoire qui exige d'une personne de : « (a) déclarer quels documents concernant le cas auquel la commission rogatoire a trait, se trouvent ou se sont trouvés en sa possession, garde ou pouvoir ; ou (b) présenter des documents autres que les documents particuliers spécifiés dans la commission rogatoire comme des documents qui paraissent à la Cour saisie être, ou probablement être en sa possession, garde ou pouvoir. »

²⁴⁰ Cependant, la Cour d'appel d'Angleterre a estimé que le règlement ne s'applique que lorsque les preuves recherchées ne peuvent être obtenues qu'avec l'aide des autorités judiciaires ou d'autres autorités publiques d'un autre État membre. Il ne s'applique pas lorsqu'un tribunal anglais rend une ordonnance provisoire de divulgation de documents (*CPR*, r 31) ou une ordonnance provisoire de renseignements supplémentaires (*CPR*, r 18), adressée à une partie au litige, et dont l'exécution ne dépend pas de l'assistance d'un tribunal d'un autre État membre pour être efficace, cf. *Servier Laboratories Ltd [2013] EWCA Civ 1234* qui fait l'application de *ProRail BV contre Xpedys NV (Affaire C-332/11) EU: C: 2013: 87, [2013] IL Pr 279*.

²⁴¹ *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547, Lord Dilhorne.

²⁴² *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1977] 3 All ER 703 at 708, Lord Denning MR, confirmé à la Chambre des Lords par Lord Dilhorne.

²⁴³ *Reservation 3*, <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1977/TS0020.pdf>.

A partir de cette réserve, il existe trois restrictions aux pièces qu'un tribunal britannique peut ordonner à un témoin de communiquer, en raison d'une commission rogatoire. Avant de rentrer dans le détail de ces restrictions, il nous faut souligner que les juges anglais manifestent une certaine exaspération liée au non-respect de ces restrictions, à la durée et aux coûts judiciaires impliqués par le traitement des commissions rogatoires sans but précis ou de type « *fishing expedition* » provenant des juridictions des États-Unis qui méprisent souvent la différence d'approche qui découle de la réserve faite par le Royaume-Uni conformément à l'article 23 de la Conventions de La Haye²⁴⁴. Ces problèmes peuvent parfois être résolus par la technique dite du « trait de crayon bleu » (« *blue pencil* » *exercise*), lorsque le juge américain procède à la suppression, dans la commission rogatoire formulée, des paragraphes qui dépassent ce qu'il est permis au Royaume-Uni. A défaut, aucun tribunal anglais ne se chargera de réécrire la requête, mais la rejettera purement et simplement.

La première restriction est définie par la disposition ci-dessous [*Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975, s 2(3)*] :

« Une ordonnance prévue au présent article n'exige pas de démarches particulières à effectuer, sauf s'il s'agit des démarches qui peuvent être imposées par l'obtention des preuves pour un procès civil devant le tribunal qui rend l'ordonnance (qu'il s'agisse ou non d'une procédure de la même nature que celle qui fait l'objet de la demande d'ordonnance) ; ce paragraphe ne fait pas obstacle à la délivrance d'une ordonnance qui enjoint une personne de témoigner (à l'oral ou à l'écrit) sauf dans le cas d'un serment lorsqu'il est demandé par la juridiction requérante. »

En vertu de cette disposition, le tribunal anglais saisi d'une demande de production de preuves en provenance de l'étranger, dispose des mêmes pouvoirs (et seulement les mêmes) que lors d'une procédure strictement nationale. Bien que les procédures anglaise et américaine de *discovery* soient différentes, surtout en ce qui concerne toute contestation d'une demande de preuves qui doit être soumise au tribunal en avance plutôt que d'être présentée à l'examineur, l'étendue d'une demande de production de preuves est par conséquent et en principe la même que celle d'une « citation à témoin » anglaise. L'objectif est de faire obstacle aux procédures de *discovery* sans but précis, déguisées en demandes de preuves et aux demandes de type « *fishing expedition* » (partie de pêche... aux preuves). Les principaux arrêts marquent une certaine réticence à trancher des questions qui pourront être soulevées au procès²⁴⁵, et les tribunaux approuvent souvent des demandes de production de preuves sous la forme orale, confiant à l'examineur la tâche de trancher certains débats tels que ceux relatifs à l'existence d'un « privilège » justifiant le refus de déposer²⁴⁶. Une ordonnance typique comprendra une disposition selon laquelle « l'interrogatoire des témoins ne peut avoir pour but que le recueil et l'enregistrement des témoignages susceptibles d'être entendus au procès »²⁴⁷.

Deuxièmement [s 2(4)(a)], une ordonnance d'obtention de preuves au Royaume-Uni « ne peut imposer à une personne de déclarer quels documents, parmi ceux pertinents pour le litige auquel fait référence la demande d'ordonnance, se trouvent ou se sont trouvés en sa

²⁴⁴ Voyez pour l'exemple, le premier paragraphe de l'arrêt *Genira Trade & Finance Inc v Refco Capital Markets Ltd* [2001] EWCA Civ 1733.

²⁴⁵ *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547 et *Re Asbestos Insurance Coverage Cases* [1985] 1 All ER 716.

²⁴⁶ *Rio Tinto Zinc Corp. c Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547.

²⁴⁷ *Genira Trade & Finance Inc c. Refco Capital Markets Ltd* [2001] EWCA Civ 1733 à [30].

possession, garde ou pouvoir ». Ces dispositions visent à permettre que la personne visée par la demande d'ordonnance d'obtention de preuves, de produire une liste de documents à présenter à l'autre partie, ce qui correspond à la première étape de la *discovery* de droit anglais, et en même temps à interdire une *discovery* de droit américain. Cette disposition est conforme à l'ancienne règle anglaise qui édictait qu'un « simple témoin » ne peut pas se voir obliger de divulguer²⁴⁸.

En troisième lieu [s 2(4)(b)], une ordonnance d'obtention de preuves au Royaume-Uni « ne peut imposer à une personne de produire aucun autre document que ceux spécifiquement désignés dans l'ordonnance comme étant des documents que le tribunal estime se trouver (éventuellement) en sa possession, garde ou pouvoir. » Il s'agit de la deuxième étape du processus de la *discovery* anglaise, notamment l'examen. La principale restriction consiste dans le fait que l'ordonnance doit désigner « les documents spécifiques » dont la production est demandée au témoin. Il s'agit encore d'éviter tout un exercice de *discovery* sans but précis. Le demandeur est donc tenu de fixer, d'habitude à l'aide d'une annexe, avec un certain degré de spécificité, les documents dont il demande la production. La procédure de *discovery* « particulière » (« *particular* » *discovery*) était régie par les anciennes RSC de 1965²⁴⁹. Son équivalent moderne est la divulgation spécifique²⁵⁰. Cette divulgation exige que toute demande de renseignements tendant à la production de documents soit soigneusement rédigée et comporte une description de chaque document demandé. Une description succincte peut être admise pour certains documents dès lors que des documents puissent être identifiés à partir de la description²⁵¹.

C. LES LOIS ANGLAISES DE BLOCAGE

Le Royaume-Uni et différents pays du *Commonwealth* avaient déjà cherché à convaincre les États Unis à utiliser la consultation politique et la négociation plutôt que les litiges en matière d'antitrust²⁵². Déjà en 1979, dans un discours à la Chambre de commerce anglo-américaine de Los Angeles, Sir John Nott, secrétaire d'Etat britannique au commerce, a déclaré : « L'interdépendance économique des pays occidentaux, en particulier les très importants investissements financiers et commerciaux entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni amplifient considérablement les effets des actions d'une nation envers l'autre. Il s'ensuit que, pour résoudre des problèmes multilatéraux, une discussion intergouvernementale a bien plus d'intérêt que les actions unilatérales. »²⁵³

²⁴⁸ *Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise Commissioners* [1974] AC 133.

²⁴⁹ RSC 1965, ord 24, r 7.

²⁵⁰ CPR, r 31.12.

²⁵¹ *Re Asbestos Insurance Coverage Cases* [1985] 1 All ER 716.

²⁵² Tina J. Kahn, *The Protection of Trading Interests Act of 1980: Britain's Response to U.S. Extraterritorial Antitrust Enforcement* (La loi du Royaume-Uni pour la protection des intérêts du commerce : la réponse britannique à l'application des lois extraterritoriales antitrust des Etats-Unis), 1980, 2 Nw. J. Int'l L. & Bus., 476 ; UK Department of Trade Press, *Notice Ref. 445, Protection of Trading Interests Bill* (Projet de loi sur la protection des intérêts commerciaux) (Oct. 31, 1979).

²⁵³ UK Department of Trade Press, *Notice* (Sept. 14, 1979).

Cependant, les affaires *Westinghouse* et *Atlantic Container Line*²⁵⁴ ont déterminé le gouvernement britannique à prendre des mesures fortes. Deux questions particulièrement préoccupantes étaient l'extraterritorialité de la loi américaine dans les transports, activité internationale par excellence selon le gouvernement du Royaume-Uni, et l'incrimination, par les tribunaux nord-américains, de faits qui n'étaient pas illégaux au Royaume-Uni²⁵⁵. Dans l'affaire *Westinghouse*²⁵⁶, le Procureur Général du Royaume-Uni a affirmé que :

a) le Gouvernement de Sa Majesté estime que les vastes procédures d'investigation menées conformément à la législation antitrust de États-Unis à l'encontre de personnes qui ne sont pas des citoyens des États-Unis et qui se trouvent hors des frontières des États-Unis constitue une violation de la juridiction et de la souveraineté du Royaume-Uni ;

b) donner suite aux demandes de production de documents formulées par les tribunaux des États-Unis conduirait à mettre ces documents à disposition du gouvernement des États-Unis en vue d'une utilisation contre les entreprises du Royaume-Uni au cours de procédures antitrust de nature pénale ; et

c) l'intervention du gouvernement des États-Unis accordant l' « immunité » afin de faire obstacle au privilège (permettant de refuser la communication des documents) retenu par une décision de la Cour d'appel anglaise, a montré que l'exécution des « letters of request » (lettres de requête, catégorie incluant les commissions rogatoires) constituait bien un cas de juridiction extraterritoriale américaine en matière pénale, que le gouvernement du Royaume-Uni considère comme préjudiciable à la souveraineté du Royaume-Uni.

1. LA LOI POUR LA PROTECTION DES INTERETS DU COMMERCE DE 1980

La principale « loi de blocage » en Angleterre est la loi pour la protection des intérêts du commerce de 1980 (*Protection of Trading Interests Act 1980*). Aux termes de son préambule, elle garantit la protection contre les demandes ou les interdictions et contre les décisions rendues (ou rendues exécutoires) conformément à la législation de pays étrangers, lesquelles portent atteinte à l'activité commerciale ou à d'autres intérêts des personnes qui mènent des affaires au Royaume-Uni. Des peines en matière pénale (art. 3) sont prévues pour la violation des dispositions des deux premiers articles de la loi.

Le premier article habilite le secrétaire d'État à émettre des règlements qui imposent aux entreprises du Royaume-Uni l'obligation de notifier au secrétaire d'État toutes demandes ou interdictions imposées par la législation d'un pays étranger, lesquels portent atteinte ou menacent de porter atteinte aux intérêts commerciaux du Royaume-Uni. Il n'y a eu que trois règlements de ce type, intervenus entre 1982 et 1992 :

- le règlement de 1982, *The Protection of Trading Interests (US Reexport Control) Order 1982, SI 1982/885*, édicte cette obligation de notification en rapport avec les Règlements de l'administration des exportations des États-Unis (parties 374, 376, 379, 385 et 399) qui affectent la réexportation ou l'exportation de marchandises depuis le Royaume-Uni ;

²⁵⁴ *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contracts Litigation*, 405 F. Supp. 316 (J.P.M.D.L. 1975) and *Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd.*, 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980) ; *United States v. Atlantic Container Line Ltd.*, No. 79-00271 (D.D.C., filed June 1, 1979).

²⁵⁵ UK Department of Trade Press, *Notice*, 31 October 1979.

²⁵⁶ *Rio Tinto Zinc Corp v Westinghouse Electric Corp* [1978] AC 547.

- le règlement de 1983, *The Protection of Trading Interests (US Antitrust Measures) Order 1983, SI 1983/900*, édicte cette obligation de notification en rapport avec les lois américaines *Sherman Act* et *Clayton Act* relatives aux tarifs des compagnies aériennes ;

- le règlement de 1992, *The Protection of Trading Interests (US Cuban Assets Control Regulations) Order 1992, SI 1992/2449*, édicte cette obligation de notification en rapport avec les règlements fédéraux des États-Unis (partie 515) qui interdisent l'octroi de certaines licences.

Le deuxième article est de loin le plus important. Il habilite le secrétaire d'État du Royaume-Uni à donner des instructions afin d'interdire aux entreprises britanniques de répondre aux demandes des tribunaux étrangers aux fins de communication de documents ou d'informations commerciales, lorsqu'une telle demande porte atteinte à la juridiction britannique ou à la souveraineté du Royaume-Uni.

L'article stipule :

« (1) Lorsque :

(a) une demande avec force obligatoire a été ou pourrait être formée à l'encontre d'une personne ou des personnes au Royaume-Uni afin de produire, devant toute juridiction ou toute autorité d'un pays étranger, tout document commercial qui ne relève pas de la compétence dudit pays ou de communiquer toute information commerciale à toute juridiction ou toute autorité d'un pays étranger ;
ou

(b) une autorité de ce type, quelle qu'elle soit, a demandé ou pourrait demander, avec force obligatoire, à une ou des personnes au Royaume-Uni de publier tout document ou toute information de ce genre,

le secrétaire d'État peut, s'il estime que la demande n'est pas recevable en application des deuxième ou troisième alinéas des présentes, donner des instructions pour interdire qu'il soit donné cours à cette demande.

(2) Une demande telle que mentionnée aux (1)(a) et (b) ci-dessus n'est pas recevable :

(a) si elle empiète sur le champ de compétence du Royaume-Uni ou est autrement préjudiciable pour la souveraineté du Royaume-Uni ; ou

(b) si le fait de donner cours à cette demande serait préjudiciable à la sécurité du Royaume-Uni ou aux rapports entre le gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement de tout autre pays.

(3) Une demande telle que mentionnée au (1)(a) ci-dessus n'est pas recevable non plus

(a) si elle est formulée à d'autres fins que celles d'une procédure civile ou pénale engagée dans le pays étranger ; ou

(b) si elle exige d'une personne de déclarer quels sont les documents, pertinents pour toute procédure de ce genre, qui se trouvent en sa possession, garde ou pouvoir, ou de produire aux fins de toute procédure de ce genre, tous documents autres que les documents expressément identifiés dans la demande.

(4) Les instructions mentionnées au premier alinéa ci-dessus peuvent être tant générales que spéciales et peuvent interdire de donner cours à toute demande, soit de façon absolue ou dans des cas similaires ou sous réserve du consentement, soit autrement que selon les modalités définies dans les instructions ; les instructions générales mentionnées au présent alinéa sont publiées sous la forme que le secrétaire d'État estime appropriée.

(5) Aux fins de cet article, une requête ou une demande est considérée comme ayant force obligatoire si elle est formée dans des circonstances qui sont celles des demandes ayant force obligatoire et dès lors qu'il s'agit de :

(a) toute requête ou demande en vue de fournir un document ou une information, qui émane de toute juridiction ou de toute autorité d'un pays étranger et est adressée à une personne au Royaume-Uni ; ou

(b) toute demande obligatoire émanant d'une juridiction ou une autorité de ce type afin de produire ou de fournir tout document ou toute information au bénéfice d'une personne désignée dans la demande,

vaut demande de produire ledit document ou ladite information auprès de la juridiction ou de l'autorité mentionnés.

(6) Aux fins de cet article, les mots « document commercial » et « information commerciale » sont entendus respectivement comme un document ou une information concernant une activité commerciale quelle qu'en soit la catégorie ; « document » comprend tout enregistrement ou dispositif au moyen duquel de l'information est enregistrée ou stockée. »

L'article 4 interdit l'exécution d'une commission rogatoire qui porte atteinte à la juridiction britannique ou à la souveraineté du Royaume-Uni. Il stipule :

« Une juridiction du Royaume-Uni ne doit pas délivrer une ordonnance conformément à *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975, section 2* (loi relative aux preuves - procédures relevant d'autres juridictions de 1975, art. 2) afin de donner effet à une demande formée par un tribunal étranger ou pour le compte de celui-ci, s'il est prouvé que la demande porte atteinte à la juridiction britannique ou est autrement préjudiciable pour la souveraineté du Royaume-Uni ; un certificat signé par le secrétaire d'État ou au nom de celui-ci qui mentionne l'atteinte ou le caractère préjudiciable, en constitue la preuve. »

Dans l'affaire *Re State of Norway's Application (No 1)*²⁵⁷ cet article a été invoqué par des témoins britanniques appelés à déposer en raison d'une ordonnance rendue sur commission rogatoire, aux fins de l'exécution d'avis d'imposition émanant de l'administration fiscale norvégienne. Les témoins avaient soutenu que la commission rogatoire aux fins de l'exécution d'une obligation de payer des impôts étrangers portait atteinte à la souveraineté britannique. L'absence du certificat ministériel a été qualifiée de non essentielle. Les trois membres de la formation de jugement de la Cour d'appel ont conclu que la demande était non fondée, et l'ont rejetée sans même faire intervenir les avocats des autres parties²⁵⁸.

2. LA LOI RELATIVE AUX ENTREPRISES DE 2002

La neuvième partie de la loi relative aux entreprises de 2002 (*Enterprise Act 2002, part 9*) impose certaines restrictions sur la divulgation dans les affaires de concurrence. Les informations visées par la loi sont celles relatives aux affaires menées par un entrepreneur individuel ou à l'activité commerciale de toute entreprise, obtenues par une autorité publique dans l'exercice de ses fonctions²⁵⁹. Il peut s'agir de questions relatives à la concurrence, aux fusions, aux enquêtes sur le marché, aux cartels et à l'application de certaines dispositions légales relatives à la protection des consommateurs. Lorsque la neuvième partie s'applique, les informations pertinentes ne doivent pas être divulguées par l'autorité publique au cours de la vie de l'entrepreneur individuel ni tant que l'entreprise continue d'exister. Cette disposition ne s'applique pas lorsque l'information a déjà fait l'objet d'une divulgation publique conforme à la loi²⁶⁰.

²⁵⁷ *Re State of Norway's Application (No 1)* [1989] 1 All ER 661 at 683. Ce point n'a pas été retenu lors de l'appel à la Chambre des Lords, *Re State of Norway's Application (Nos 1 and 2)* [1989] 1 All ER 745.

²⁵⁸ Ne pas demander aux avocats des autres parties de répondre ne se produit que lorsqu'un argument est jugé extrêmement faible.

²⁵⁹ *Enterprise Act 2002, s 238(1)*.

²⁶⁰ *Enterprise Act 2002, s 237(2 et 3)*.



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN BELGIQUE

I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE

A. L'ÉTENDUE ET L'OBJET DE LA COMMUNICATION

Le droit belge régit ainsi la charge de la preuve : « (c) *hacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* » (art. 870, Code judiciaire)²⁶¹ et « (c) *elui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* » (art. 1315, Code civil).

La question de la charge de la preuve se confond avec celle du risque de la preuve : quel risque prend celui à qui incombe la charge de la preuve lorsque le juge ne peut trancher le litige dont il est saisi avec une certitude suffisante sur la base des éléments de preuve qui lui ont été soumis ? A ce propos, la Cour de Cassation a décidé dans un arrêt de 1999 que : « *en vertu de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame la réparation d'un dommage doit apporter la preuve de ce dommage ; que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite d'une production de preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve* »²⁶². Plus récemment, en 2006, la Cour de Cassation a réitéré que : « *l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve* »²⁶³.

Ces principes sont complétés par celui de la collaboration des parties à l'administration de la preuve : « *Le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose* » (art. 871, Code judiciaire). Ce principe est consacré par la Cour de Cassation. Nous pouvons citer un arrêt de 2004, selon lequel la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut être tenue de contribuer à la preuve dans les limites légalement déterminées²⁶⁴ et un arrêt de 2013, selon lequel des époux pouvaient être amenés à s'expliquer sur la gestion de leur patrimoine commun, notamment en vertu du « *principe général en vertu duquel les parties doivent collaborer loyalement à l'administration de la preuve* »²⁶⁵.

Quel est le rôle du juge dans l'administration de la preuve ? En matière procédurale, l'autonomie des parties prend la forme d'accords procéduraux. Sauf accords procéduraux conclus par les parties, le juge peut ordonner les mesures d'instruction utiles et apprécie souverainement l'opportunité d'une mesure d'instruction en cas de désaccord des parties.

Le Code judiciaire vise six types de mesures d'instruction :

- la production forcée de documents (art. 877 et s., Code judiciaire) ;
- l'enquête, c'est-à-dire l'audition de témoins (art. 933 et s., Code judiciaire) ;

²⁶¹ Les dispositions légales peuvent être lues sur le site : <http://www.ejustice.just.fgov.be>

²⁶² Cass., 17 septembre 1999, Arr. Cass., 1999, p. 1119.

²⁶³ Cass., 20 mars 2006, Pas., 2006, p. 629.

²⁶⁴ Cass. 10 décembre 2004, R.C.J.B., 2005, p. 680.

²⁶⁵ Cass., R.G. n° C.13.0015.N.

- la comparution personnelle des parties, c'est-à-dire l'interrogatoire des parties (articles 992 et s., Code judiciaire) ;
- l'expertise (art. 962 et s., Code judiciaire), qui n'est pas qu'une mesure d'instruction puisque l'expert donne un avis technique sur les faits dont il est saisi ;
- la descente sur les lieux (art. 1007 et s., Code judiciaire) ;
- le constat d'adultère par huissier de justice (art. 1016*bis*, Code judiciaire).

Le Code judiciaire régit aussi la vérification d'écritures (art. 883 et s.), le faux civil (art. 895 et s.) et le serment (art. 1005 et 1006).

Parmi les mesures d'instruction précitées, la production forcée de documents est ainsi régie : « *Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure* » (art. 877, Code judiciaire). Le juge peut donc ordonner à une partie ou à un tiers de produire un document « *pertinent* », c'est-à-dire utile à la solution du litige. La production forcée doit concerner un « *document* » c'est-à-dire un écrit mais aussi « *des photographies, des enregistrements, des données informatiques, un mot de passe...* »²⁶⁶. Une telle mesure peut être prononcée par le juge des référés ou par le juge du fond avant dire droit, ceci sous peine d'astreinte. De plus, « *(l)a partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra* » (art. 882, Code judiciaire).

Les termes « *un document contenant la preuve d'un fait pertinent* » sont relativement restrictifs. Ils permettent à un défendeur de s'opposer à des demandes qui seraient de nature à être assimilées à une recherche de type « *partie de pêche* » (*fishing expedition*) comme pourrait être qualifiée une procédure de *discovery* américaine. Toutefois, ce principe ne touchant probablement pas à l'ordre public, il ne paraît pas pouvoir être invoqué pour contrecarrer une demande ordonnée par un tribunal américain. Nous ne connaissons toutefois pas de jurisprudence publiée qui confirme cette analyse.

Précisons enfin que le respect du principe du contradictoire implique que chacune des parties puisse prendre préalablement connaissance des pièces que son adversaire entend utiliser. C'est pour cette raison que l'article 736 du Code judiciaire prévoit que : « *Les parties se communiqueront les pièces avant leur emploi, à peine de surséance d'office à la procédure* ». Cette disposition porte sur toutes les pièces qui sont utilisées au cours de la procédure, y compris tous types de rapports (par exemple de conseils techniques) ou attestations de témoins. En principe, le demandeur doit faire cette communication dans les huit jours de l'introduction de la cause et le défendeur avec la communication de ses conclusions.

²⁶⁶ *Droit judiciaire, Manuel de Procédure civile*, t. 2, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 5.16, p. 486.

B. LA PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

Le secret professionnel est ainsi protégé : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent euros à cinq cents euros » (art. 458, Code pénal). Cette disposition d'ordre public s'applique notamment aux avocats et aux informations confiées par le client à son avocat. Le secret professionnel s'applique également aux médiateurs en vertu du Code judiciaire et de différentes lois prévoyant des mécanismes de médiation ou de conciliation²⁶⁷.

Le secret professionnel est opposable par exemple à des enquêteurs ou à un juge d'instruction. Il le sera donc à un juge américain qui aura ordonné la production de documents couverts par le secret professionnel.

Le secret d'affaires qui n'est pas défini ni protégé de façon générale en droit belge, reçoit une protection spécifique dans certains domaines particuliers.

En droit du travail, le travailleur a l'obligation « *de ne pas divulguer les secrets de fabrication, ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle* » [art. 17, 3°, a), loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail]. Aux termes du Code pénal (art. 309), « *(c)elui qui aura méchamment (de mauvaise foi, NDA) ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante euros à deux mille euros* ».

En matière de marchés publics, « *(s)ans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires, l'adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que l'opérateur économique lui a communiqué à titre confidentiel, y compris, les éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre. Il en est de même pour toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels* » (art. 13, § 2, loi du 17 juin 2016).

Le régime légal applicable au secret des affaires est amené à évoluer très prochainement en raison de l'adoption de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 qui doit être transposée en droit interne au plus tard le 9 juin 2018.

²⁶⁷ Ex. : art. 128, §1, al. 3 et art. 1678/18, Code Judiciaire ; art. 8, Décret de la Région wallonne portant création de l'institution de médiateur de la Région Wallonne, etc.

II. LES MÉCANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA US DISCOVERY

Bien qu'il n'existe pas en droit belge de loi de blocage, il existe toutefois quelques dispositions légales qui, dans des matières particulières, restreignent la communication de preuves à la demande d'une juridiction étrangère.

A. TRANSPORT INTERNATIONAL ET CONCURRENCE

La loi du 27 mars 1969 relative à la réglementation des **transports maritimes et aériens** (art. 1) dispose que : « *Sauf exemption dans les cas établis par le Roi, il est interdit à toute personne résidant dans le Royaume ou y ayant son siège ou un établissement, de donner suite aux mesures ou décisions d'un État étranger ou d'organismes relevant de celui-ci relatives à une réglementation en matière de concurrence, de puissance économique ou de pratiques commerciales restrictives dans le domaine du transport international maritime et aérien. Le Roi détermine les actes visés par cette disposition d'interdiction. L'exemption peut à la requête des intéressés, être accordée, selon le cas, par le Ministre qui a l'Administration de la Marine ou l'Administration de l'Aéronautique dans ses attributions et le cas échéant être soumise à des modalités déterminées. Toute exemption ou retrait de celle-ci doit être publié au Moniteur belge* ».

L'arrêté royal du 6 février 1979 pris en exécution de cette disposition précise que l'interdiction de donner suite aux mesures ou décisions d'un Etat étranger ou d'organismes relevant de celui-ci vise « *tout acte consistant sous quelque forme que ce soit, à fournir des renseignements, faire des déclarations ou permettre la consultation des documents, dès lors que ces renseignements, déclarations ou documents concernent, directement ou indirectement, une réglementation en matière de concurrence, de puissance économique ou de pratiques commerciales restrictives dans le domaine du transport maritime international et aérien* ».

En matière de concurrence, le Code de droit économique (art. IV.15) prévoit que « (...) *le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, et après consultation de l'Autorité belge de la concurrence et de la Commission de la concurrence, prendre des mesures pour interdire aux entreprises de donner à un Etat étranger ou à un organisme relevant de celui-ci des renseignements ou des documents qui n'ont pas été publiés et portant sur leurs pratiques de concurrence* ».

A ce jour, aucun arrêté n'a été pris en exécution de cette disposition.

Nous n'avons pas trouvé, dans la jurisprudence publiée, de décisions de justice faisant l'application de ces dispositions particulières.

B. DONNÉES PERSONNELLES ET DONNÉES ÉLECTRONIQUES

Le droit belge en matière de protection des **données personnelles** peut également constituer une contrainte lors de l'échange de documents ou autres informations dans une procédure de « *pre-trial discovery* ».

La loi belge relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁶⁸ (art. 3bis) est applicable à tout traitement « *effectué dans le cadre des activités réelles et effectives d'un établissement fixe du responsable du traitement sur le territoire belge ou en un lieu où la loi belge s'applique en vertu du droit international public* » ou lorsque « *le responsable du traitement n'est pas établi de manière permanente sur le territoire de la Communauté européenne et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens **automatisés ou non** (soulignement de l'auteur), situés sur le territoire belge, autres que ceux qui sont exclusivement utilisés à des fins de transit sur le territoire belge* » L. 08/12/1992).

Au sens de la loi (art. 1 §1), on entend par données personnelles « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ».

Les actes de traitement de données personnelles, tels que la collecte, l'enregistrement, la consultation ou la communication, ne peuvent être accomplis que :

- lorsque se trouve remplie au moins une des conditions limitativement énumérées par la loi (art. 5) :

- le consentement de la personne concernée ;
 - lorsque le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci;
 - lorsqu'il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance;
 - lorsqu'il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée;
 - lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées;
 - lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi.
- lorsqu'il ne viole aucun des principes de traitement (art. 4) :
- traitement loyal et licite ;
 - collecte de données pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ;
 - aucun traitement ultérieur incompatible ;

²⁶⁸ Loi belge du 8 décembre 1992 sera toutefois remplacée par le Règlement européen n°2016/679 à partir du 25 mai 2018.

- traitement de données personnelles adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités ;
- traitement de données personnelles exactes et mises à jour ;
- conservation pendant une durée non-excessive au regard des finalités.

Lors d'une procédure de *pre-trial discovery*, le transfert de données à une personne tierce située aux Etats Unis constitue un traitement de données personnelles lequel doit remplir une des conditions légales ci-dessus

Dans une procédure de *pre-trial discovery*, si ces conditions ne sont pas remplies, le responsable de traitement est obligé de s'abstenir du traitement. Si inversement les conditions sont remplies, la protection de données personnelles de la personne concernée ne constitue pas un obstacle au transfert, sans que ces dispositions ne puissent être interprétées comme une obligation de transférer ces données personnelles.

En cas de violation de ces dispositions, le responsable du traitement est passible d'amendes (art. 39).

Enfin, le transfert de données personnelles vers un pays tiers (non européen) ne peut avoir lieu que si le pays en question assure « *un niveau de protection adéquat* » (art. 21). Les Etats-Unis, par exemple, jouissent actuellement d'une décision d'adéquation de la Commission européenne reconnaissant le caractère adéquat du niveau de protection des données assuré sur leur territoire (cf. le bouclier de protection des données - *EU-US Privacy Shield*²⁶⁹). Il est à noter que cette décision d'adéquation est toutefois remise en cause pour le moment.

La loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques peut également imposer des contraintes pour une communication d'informations. **Les informations transmises par voie de communication électronique** sont en principe secrètes (art. 124) mais peuvent être communiquées moyennant l'autorisation de la personne concernée ou dans des conditions bien définies (art. 122).

III. LES PROCÉDURES DE COMMUNICATION DE PREUVES À L'ÉTRANGER

La Belgique n'est pas partie à la convention de La Haye du 18 mars 1970. Elle est partie à la convention du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile qui, à ses articles 8 et suivants, organise les commissions rogatoires. Cette convention est de peu d'intérêt pour le présent rapport et les Etats-Unis n'y sont pas parties. Les Etats-Unis et la Belgique n'ont pas conclu de convention bilatérale en la matière.

Dès lors qu'il n'existe pas de loi générale de blocage, toute personne établie en Belgique peut, en principe, sur une base volontaire et sans passer par les cours et tribunaux belges, répondre favorablement à une demande formulée dans le cadre d'une procédure de *discovery*.

Le recours à la commission rogatoire n'est pas obligatoire d'un point de vue procédural.

²⁶⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-433_fr.htm.

La commission rogatoire est régie en droit belge par les articles 11 et 873 du Code judiciaire. En vertu de l'article 11, les juges peuvent « adresser des commissions rogatoires à un autre tribunal ou à un autre juge, et même à des autorités judiciaires étrangères, pour faire procéder à des actes d'instruction ». L'article 873 du Code judiciaire prévoit que : « Le tribunal ou le juge à qui est adressé une commission rogatoire est tenu de la faire exécuter. Toutefois et à moins que les conventions internationales n'en disposent autrement, l'exécution des commissions rogatoires émanant des autorités judiciaires étrangères ne peut avoir lieu qu'après avoir été autorisée par le ministre de la Justice ». Cette dernière disposition s'applique d'évidence aux juridictions belges et non étrangères. Les juridictions belges devront donc exécuter les commissions rogatoires demandées par des juridictions étrangères si une convention internationale le prévoit. En outre, une commission rogatoire devra être autorisée par le ministre de la Justice, sauf si une convention internationale telle que la convention du 1^{er} mars 1954, en dispose autrement.

Il convient toutefois de souligner que quelques rares décisions de justice ont été publiées alors que des juridictions avaient été saisies d'une demande de suspension des effets d'une mesure d'enquête décidée par un juge américain. Le tribunal de commerce de Dendermonde a ainsi décidé qu'il était incompétent pour s'immiscer dans une procédure étrangère et ordonner des mesures aux fins de suspendre une procédure étrangère. La solution pour l'entreprise belge demanderesse consistait à combattre la mesure de *discovery* ordonnée par le juge américain devant celui-ci²⁷⁰

La Cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, dans un arrêt du 21 octobre 2005 s'est déclaré compétent pour connaître d'une demande de suspension d'une mesure de *discovery*. Cette décision a été critiquée par la doctrine au motif qu'elle repose sur le postulat erroné que le juge belge était compétent pour connaître du fond de la demande.²⁷¹

²⁷⁰ Com. Dendermonde, 3 janvier 2000.

²⁷¹ Bruxelles, 21 octobre 2005, R.D.C., 2006, p. 870 (et note J. Englebert)



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

AU CANADA (QUEBEC)

Table des abréviations

BCSC	<i>Supreme Court of British Columbia</i>
c / c	chapitre / <i>contre</i>
CA	Cour d'appel
CAF	Cour d'appel fédérale
CanLII	Institut canadien d'information juridique
CcQ	CCQ-1991 — <i>Code civil du Québec</i>
C de D	<i>Les Cahiers de Droit</i> , Université Laval
civ	civil
Cpc	RLRQ c C-25.01 – <i>Code de procédure civile</i> du Québec
CQ	Cour du Québec
CS	Cour supérieure
CSC	Cour suprême du Canada
EYB	Éditions Yvon Blais (banque de données)
Intl	<i>International</i>
JE	Jurisprudence Express
législ.	législation
LJ	<i>Law Journal</i>
LRC	Lois révisées du Canada
para	paragraphe
Qc	Québec
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
RCS	Recueil de la Cour suprême du Canada
RD McGill	<i>Revue de droit de McGill</i> , Université McGill
RDJ	Revue de droit judiciaire
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
RJQ	Recueil de jurisprudence du Québec
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
RRQ	Règlements refondus du Québec
RSO	<i>Revised Statutes of Ontario</i>
SQ	Statuts du Québec (avant 1969)
sess	session
US	<i>United States</i>

Bibliographie

La législation provinciale québécoise est disponible sur le site officiel du gouvernement du Québec : legisquebec.gouv.qc.ca

Les *Journaux des débats* de l'Assemblée nationale du Québec et des commissions parlementaires sont disponibles sur le site officiel de l'Assemblée nationale du Québec : assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats.html

La législation fédérale canadienne est disponible sur le site officiel du gouvernement du Canada : laws-lois.justice.gc.ca/fra/

La Gazette du Canada est accessible sur le site officiel du gouvernement du Canada : gazette.gc.ca/gazette/home-accueil-fra.php

La jurisprudence fédérale et provinciale est disponible sur le site de l'Institut canadien d'information juridique : canlii.org/fr/

Le site du Centre d'accès à l'information juridique <https://www.caij.qc.ca> permet d'accéder à plusieurs ressources juridiques en ligne, notamment :

- Plusieurs textes de lois, dont le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* avec annotations : elois.caij.qc.ca
- De nombreux textes de doctrine, dont les publications du Barreau du Québec, ainsi que les ouvrages Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 et Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e édition, Montréal Wilson & Lafleur, 2010 : edoctrine.caij.qc.ca/
- Une adaptation numérique du *Dictionnaire de droit québécois et canadien* : dictionnaireid.caij.qc.ca/

Le site du Consortium Érudit offre un accès numérique à la recherche et à la culture francophones d'Amérique du Nord en sciences humaines et sociales. Il donne accès à certaines revues de droit, dont *Les Cahiers de droit* et la *Revue de droit de McGill* : retro.erudit.org/revue/

I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE

Au Québec, la procédure civile se caractérise par une hybridation de notions de *common law* et de droit civil. Elle a ses sources historiques dans l'ordonnance de droit français sur la procédure civile de 1667, largement modifiée par la pratique judiciaire de la *common law* et les coutumes locales²⁷². Il s'agit principalement d'un système accusatoire et contradictoire²⁷³ dans lequel **il incombe avant tout aux parties de maîtriser le déroulement du litige**, de choisir de mettre en œuvre ou non les droits dont elles disposent et les moyens pour y parvenir²⁷⁴ et par conséquent de rechercher les moyens de preuve et de les soumettre au tribunal²⁷⁵. Ce dernier se voit conférer essentiellement un pouvoir de contrôle et se garde de remplir un rôle trop actif dans la conduite de l'enquête.

Dans ce contexte, **la phase exploratoire précédant l'instance** et la communication des éléments de preuve en particulier, sont généralement reconnues comme des étapes centrales du procès civil québécois et doivent permettre aux parties d'obtenir les informations dont elles ont besoin pour les fins d'un litige, ainsi que de prendre connaissance des moyens de preuve dont dispose la partie adverse²⁷⁶. Au début des années 2000, plusieurs auteurs, plus tard suivis par la Cour Suprême du Canada, estimaient ainsi que l'étape de la communication et de la production des pièces « favorise la transparence des débats, la responsabilisation des parties et des procureurs. Elle favorise également les admissions, permet de circonscrire rapidement les questions en litige et facilite les transactions »²⁷⁷.

Cette attitude généreuse envers la divulgation la plus complète de la preuve fait partie d'une compréhension spécifique du rôle du tribunal dans le procès civil. En effet, la divulgation de la preuve et le fait que le tribunal en prend connaissance ne signifient pas qu'elle sera nécessairement admissible. Comme l'exprime le juge Lebel de la Cour suprême du Canada²⁷⁸ :

Il faut se souvenir que, quotidiennement, les juges doivent se prononcer sur la recevabilité d'éléments de preuve qu'ils doivent examiner ou entendre avant de les écarter et que cette fonction constitue une part indispensable de leur rôle dans la conduite du procès civil ou pénal. Ils savent qu'ils doivent oublier les éléments de preuve qu'ils ont jugés inadmissibles et ne rendre jugement que sur la base des preuves admises dans l'affaire.

Les règles relatives à la communication et la production des pièces et des éléments de preuve sont codifiées au *Code de procédure civile* (en particulier Livre I, Titre II, Chapitre III, « Les principes directeurs de la procédure », art. 17 à 24 et Livre II, Titre III « La constitution

²⁷² Sur l'origine de la procédure civile québécoise et la mixité de sa culture, voir Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54:2 RD McGill 273.

²⁷³ Voir *Pétrolière Impériale c Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 RCS 287 [*Pétrolière Impériale*]; *Technologie Labtronix Inc c Technologie Micro Contrôle Inc*, [1998] RJQ 2312 à la p 2325, 1998 CanLII 13050 (CA Qc); Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux paras 43, 49.

²⁷⁴ Voir Jutras, *supra*.

²⁷⁵ Voir notamment Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Montréal Wilson & Lafleur, 2005, § 97.

²⁷⁶ Voir *supra* *Pétrolière Impériale* et Royer et Lavallée.

²⁷⁷ Québec, Ministère de la Justice, *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*, par Denis Ferland et le Comité de révision de la procédure civile, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 21 juillet 2001 à la p 138. Voir aussi *Pétrolière Impériale*, *supra*.

²⁷⁸ *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc*, 2004 CSC 18, § 47, [2004] 1 RCS 456 [*Société d'énergie*].

et la communication de la preuve avant l'instruction », art. 221 à 301). Au cours des dernières années, la procédure civile a été réformée une première fois au début des années 2000²⁷⁹, puis à nouveau en 2013 avec l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* qui, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, remplace le *Code de procédure civile* de 1965. Le présent rapport présente les dispositions actuelles ainsi que de nombreuses règles de droit prétorien établies sous l'ancien *Code de procédure civile* et qui demeurent applicables.

A. L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER LES PREUVES

1. LA COMMUNICATION MUTUELLE PRÉALABLE DES PREUVES QUI SERONT PRODUITES À L'AUDIENCE

Selon l'article 20 du Code de procédure civile :

Art. 20. Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.

La communication couvre, **pour chaque partie, toutes les pièces qu'elle entend invoquer à l'audience**. Sous l'ancien *Code de procédure civile*, les tribunaux québécois ont notamment jugé que les pièces et éléments de preuve à communiquer comprennent les cassettes d'enregistrement, les disquettes de logiciel, les vidéocassettes d'une entrevue²⁸⁰, ainsi que les rapports d'expert²⁸¹. La Cour supérieure a également estimé que l'obligation de communication peut s'étendre à des éléments non produits, telle la totalité des entrevues avant montage dans une poursuite en diffamation d'un journaliste²⁸², ou encore des photographies d'un expert en sinistres qui ne figurent pas dans son rapport²⁸³. Cette interprétation large des éléments de preuve à communiquer devrait se poursuivre sous le nouveau *Code de procédure civile*.

La communication a lieu en principe dans une phase préparatoire à l'instruction devant le tribunal. Lorsque les parties établissent le protocole de l'instance (art. 148, al. 1, CPCiv), elles conviennent également des modalités et des délais de communication des éléments de preuve (art. 246, al. 1, CPCiv).

À l'obligation générale de communiquer les éléments de preuve correspond le droit des autres parties d'en exiger une copie. Ainsi, si le protocole ne prévoit ni modalités ni délai, ou lorsqu'aucun protocole n'est requis, une partie peut, sans formalité, dès qu'elle est informée qu'une autre partie entend invoquer un élément de preuve, demander d'en obtenir copie ou d'y avoir accès (article 246, alinéa 2 Cpc).

²⁷⁹ Sur les modifications apportées par la réforme de la procédure civile en 2002, voir notamment Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381.

²⁸⁰ Voir *Corp de financement commercial Transamérica Canada c Beaudoin*, [1995] RDJ 633, 1995 CanLII 4880 (CA Qc). Voir également *Renaud c Conseil de la justice administrative*, 2008 QCCS 5232, EYB 2008-150239 (REJB).

²⁸¹ Voir *9145-5725 Québec inc (TMT Construction) c Service Techno-science inc*, 2007 QCCS 6778, EYB 2007-130590 (REJB).

²⁸² Voir *Gestion finance Tamalia inc c Groupe TVA inc*, 2005 CanLII 8536, EYB 2005-87383 (REJB) (CS Qc).

²⁸³ Voir *Oppenheim c Équipement Fédéral inc*, 2003 CanLII 48477, JE 2003-1436 (CS Qc).

La défaillance à l'obligation de communiquer est sévèrement sanctionnée. La Cour d'appel a jugé qu'il était justifié de priver la requérante de certains moyens de preuve, étant donné qu'elle avait, de façon manifeste, manqué aux devoirs de coopération, de loyauté et de transparence que lui impose l'article 20 Cpc, en refusant de produire divers documents et informations qu'elle s'était engagée à fournir²⁸⁴.

2. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN POSSESSION D'UNE AUTRE PARTIE OU D'UN TIERS

Le Code de procédure civile prévoit stipule :

Art. 251. La partie en possession d'un élément matériel de preuve est tenue, sur demande, de le présenter aux autres parties ou de le soumettre à une expertise dans les conditions convenues avec celles-ci; elle est aussi tenue de préserver l'élément matériel de preuve ou, le cas échéant, une représentation adéquate de celui-ci qui permette d'en constater l'état jusqu'à la fin de l'instruction.

Le tiers qui détient un document se rapportant au litige ou est en possession d'un élément matériel de preuve est tenu, si le tribunal l'ordonne, d'en donner communication, de le présenter aux parties, de le soumettre à une expertise ou de le préserver.

L'article cité correspond à l'article 402 de l'ancien *Code de procédure civile* que les tribunaux québécois ont, traditionnellement, interprété de façon large et libérale²⁸⁵. Ils se sont généralement montrés favorables à la communication et ont retenu qu'en principe, il y a lieu d'encourager la divulgation la plus complète de la preuve²⁸⁶. Cette jurisprudence demeure applicable sous le nouveau *Code de procédure civile*. L'obligation prévue à l'article 251 Cpc doit être lue en regard du devoir qu'ont les parties de s'informer en tout temps des faits et éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et de préserver les éléments de preuve (article 20 Cpc). Une partie ne saurait retenir une information essentielle dans le but ultérieur de prendre l'autre partie par surprise²⁸⁷. L'obligation de communication s'étend aux tiers, notamment à un expert mandaté par la partie adverse. En cas de refus, la partie qui n'a pas la preuve en sa possession peut la faire admettre en demandant au tribunal d'ordonner au tiers qui la détient d'en donner communication²⁸⁸.

La demande de communication de preuve peut être faite à toute étape du déroulement de l'instance. Selon les commentaires de la ministre de la Justice de l'époque, il peut même s'agir d'une simple demande informelle d'une partie à l'autre partie²⁸⁹. En cas d'opposition du détenteur de l'information, le tribunal est appelé à établir les modalités de la communication.

²⁸⁴ Voir *Procco International inc c Halka*, 2016 QCCA 1780, EYB 2016-272308 (REJB). Sous l'ancien *Code de procédure civile*, voir aussi *Chayer c Éditions HMX inc*, 2006 QCCA 1278, EYB 2006-110349 (REJB).

²⁸⁵ Voir *Autorité des marchés financiers c Panju*, 2008 QCCA 832, [2008] RJQ 1233; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c Hôpital Laval*, 2006 QCCA 1345, [2006] RJQ 2384 [*Hôpital Laval*]; *Westfalia Surge Canada Company c Ferme Hamelon (JFD) et Fils*, 2005 QCCA 514.

²⁸⁶ Voir *Pétrolière Impériale*, *supra*; *Westinghouse Canada Inc c Arkenwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Company*, [1993] RJQ 2735, 1993 CanLII 4242 (CA Qc) [*Westinghouse Canada*].

²⁸⁷ Voir Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* » dans *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol 43, n° 89 (12 novembre 2013) à la p 29 [Projet de loi n° 28].

²⁸⁸ À ce sujet, voir Denis Brochu, « Communication et production des pièces et des autres éléments de preuve » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Procédure Civile I*, 2^e éd, JurisClasseur Québec, coll « Droit civil », Montréal, LexisNexis, 2015, fasc 24, § 37.

²⁸⁹ Projet de loi n° 28, *supra*.

3. LA COMMUNICATION DES PREUVES LORS DE L'INTERROGATOIRE PRÉALABLE

L'article 221 du Code de procédure civile régit l'interrogatoire préalable à l'instruction devant le tribunal :

Art. 221. L'interrogatoire préalable à l'instruction, qu'il soit écrit ou oral, peut porter sur tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent; il peut également avoir pour objet la communication d'un document. Il ne peut être fait que s'il a été prévu dans le protocole de l'instance, notamment quant aux conditions, au nombre et à la durée des interrogatoires.

Outre les parties, peuvent aussi être interrogés:

- 1° le représentant, l'agent ou l'employé d'une partie;
- 2° la victime et toute personne impliquée dans le fait générateur du préjudice lorsque la demande en justice invoque la responsabilité civile d'une partie;
- 3° la personne pour laquelle une partie agit comme administrateur du bien d'autrui;
- 4° la personne pour laquelle une partie agit comme prête-nom ou de qui elle tient ses droits par cession, subrogation ou autre titre analogue.

Toute autre personne peut être interrogée avec son consentement et celui de l'autre partie ou sur autorisation d'un juge, aux conditions que celui-ci précise. Le mineur ou le majeur inapte ne peut être interrogé sans une telle autorisation.

La procédure d'interrogatoire préalable des parties et des tiers a un caractère essentiellement exploratoire, qui se rapproche fortement de l'examen préalable (*discovery*) de la *common law*²⁹⁰. L'interrogatoire vise la recherche et la vérification des faits allégués, en demande comme en défense.

Il s'agit d'une étape essentielle du procès civil. Selon le juge LeBel de la Cour Suprême du Canada, la « procédure d'interrogatoire préalable favorise la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès. Son emploi permet ainsi à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci »²⁹¹. Selon le juge Monet de la Cour d'appel du Québec, l'interrogatoire préalable « peut déterminer, le cas échéant, s'il y a lieu à acquiescement à jugement, partiel ou total, à des offres réelles ou à une contestation de fond. En pratique, l'interrogatoire fournit également l'occasion d'un entretien entre avocats, qui peut être de nature à susciter des négociations de bonne foi »²⁹². Ainsi, l'interrogatoire préalable « vise à faciliter, dans toute la mesure du possible et à l'intérieur de certaines balises, une divulgation généreuse de la preuve que chacune des parties entend utiliser au cours de l'instruction »²⁹³.

En raison de son caractère exploratoire, l'interrogatoire préalable peut conduire à la communication d'informations et de documents qui se situent dans la sphère privée. Selon la Cour Suprême du Canada, toute communication faite au stade de l'interrogatoire est soumise

²⁹⁰ Voir notamment *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, 2001 CSC 51, § 56, [2001] 2 RCS 743 [*Lac d'Amiante*].

²⁹¹ *Glegg c Smith & Nephew Inc*, 2005 CSC 31, § 22, [2005] 1 RCS 724 [*Glegg*].

²⁹² *Mierzewski Stojak c Proulx*, [1991] RDJ 89, § 10, EYB 1991-57911 (REJB) (CA Qc).

²⁹³ *Commercial Union Assurance Company of Canada c Nacan Products Limited*, [1991] RDJ 399, § 9, 1991 CanLII 2832 (CA Qc).

à une obligation implicite de confidentialité²⁹⁴ destinée à protéger le droit à la vie privée et à prévenir qu'une partie hésite à divulguer une information par crainte de l'usage accessoire qui en serait fait²⁹⁵. Le droit à la confidentialité cède néanmoins devant la décision de l'adversaire d'utiliser le contenu de l'interrogatoire et de verser au dossier de sa propre plaidoirie les extraits de dépositions ou les documents (art. 227, al. 2, CPCiv).

En pratique, l'interrogatoire préalable ne sert pas uniquement à obtenir des informations de la part de la personne assignée, mais également à lui demander la communication de documents, lorsque ceux-ci sont en sa possession ou sous son contrôle²⁹⁶. Cette procédure n'est pas nécessairement liée à un interrogatoire. Sous l'ancien Code de procédure civile, il était établi que l'interrogatoire préalable devait permettre aux parties d'avoir copie de tout écrit se rapportant au litige²⁹⁷. Le nouveau Code de procédure civile n'a pas modifié ce principe, de telle sorte que la communication d'un document en vertu de l'article 221 peut être requise dans une procédure autonome dont elle constitue le seul objet²⁹⁸.

Aux fins de cette procédure, la notion de document est large. Elle s'interprète selon la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information²⁹⁹ (art. 3) : « un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible et logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images ». Il peut dès lors s'agir aussi bien de documents papier, de documents électroniques, que de photographies et d'enregistrements audio ou vidéo³⁰⁰.

Une jurisprudence constante élaborée sous l'empire de l'ancien *Code de procédure civile* et qui devrait continuer à s'appliquer, retenait que la personne assignée devait avoir le contrôle immédiat du document, ce qui supposait d'une part que le document existe, et d'autre part que la personne l'ait en main ou qu'elle puisse se le procurer par des moyens raisonnables, sans dépendre du bon vouloir ou de l'intervention d'autrui³⁰¹. Ces règles devraient continuer à être applicables sous le nouveau Code de procédure civile³⁰².

B. LES LIMITES À L'ÉTENDUE ET À L'OBJET DE LA COMMUNICATION

Malgré le principe d'une divulgation généreuse des preuves, le législateur et les tribunaux en ont néanmoins instauré des limites. En général, il appartient au tribunal, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, de contrôler la communication des preuves, d'en fixer les

²⁹⁴ Voir *Lac d'Amiante, supra*.

²⁹⁵ Voir Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, § 1-1723.

²⁹⁶ Voir *Lalande c Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2016 QCCS 4336. Sous l'ancien *Code de procédure civile*, voir *Westinghouse Canada, supra*; voir aussi *Aviva, compagnie d'assurances du Canada c René Poisson inc*, 2010 QCCA 246; *Pierre Giguère consultants inc c Pierre Landry électrique inc*, 1997 CanLII 10793 (CA Qc) [*Pierre Giguère consultants*].

²⁹⁷ Voir *Hydro-Québec c Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd*, 2014 QCCS 3969; *Sirois-Hallé c Bélair, compagnie d'assurances générales*, 1998 CanLII 9749 (CS Qc) [*Sirois-Hallé*].

²⁹⁸ Ferland et Emery, *supra*, § 1-1749.

²⁹⁹ RLRQ c C-1.1.

³⁰⁰ Voir Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux paras 1087–1088.

³⁰¹ Voir *Sobeys Québec inc c Dagenais*, 2012 QCCA 2219; *Industries GDS inc c Carbotech inc*, 2005 QCCA 655; *Placements Grandterre Inc c 147616 Canada Inc*, 1990 CanLII 3299 (CA Qc); *W et H Management International Ltd c Sterling Bank and Trusts Co Ltd*, [1976] CA 848 (Qc).

³⁰² Voir Ferland et Emery, *supra*, § 1-1751; Geneviève Cotnam, « Interrogatoires préalables à l'instruction » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Procédures civiles I*, 2^e éd, JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », Montréal, LexisNexis, 2014, fasc 22, § 98.

modalités et les limites. Ainsi, la Cour Suprême du Canada³⁰³ affirme que les tribunaux doivent considérer plusieurs limites :

Cependant, s'il doit être entendu de manière large, le droit à la communication dont dispose chacune des parties à une instance civile n'est pas pour autant illimité. D'une part, comme nous le verrons plus loin, l'étendue de la communication doit parfois être restreinte pour éviter qu'il soit porté atteinte aux intérêts de tiers. D'autre part, il importe de préciser que, aux termes de l'art. 402, al. 1 *C.p.c.*, le tribunal peut refuser d'ordonner la communication de documents en possession d'un tiers s'il existe des « raisons (le) justifiant de s'y opposer ». Dans l'exercice de sa discrétion, le tribunal pourra considérer, entre autres, la pertinence des documents à l'égard du litige, le degré d'atteinte à la vie privée d'une partie ou d'un tiers au litige et l'importance de demeurer sensible au devoir de protéger la vie privée prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 5) et le *Code civil du Québec* (art. 35 et 36).

1. LA PERTINENCE DE LA PREUVE

La pertinence est un principe modérateur de la conduite de la preuve civile en général³⁰⁴. Il se retrouve notamment à l'article 2857 CcQ, aux termes duquel « [l]a preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous les moyens ». Ce principe régit également les interrogatoires préalables et la communication de documents. Comme l'exprime le juge Proulx dans un arrêt de principe de la Cour suprême du Canada³⁰⁵ :

[L]e défendeur doit satisfaire le tribunal non pas de la pertinence de la preuve, au sens traditionnel du mot pris dans le contexte d'un procès, mais que la communication de l'écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu'il cherche à atteindre dans le dossier, que l'écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige³⁰⁶.

Sous le régime de l'ancien *Code de procédure civile*, il avait été établi que les tribunaux devaient interpréter la pertinence de façon large lorsqu'ils avaient à trancher une objection soulevée au stade des interrogatoires préalables. Le principe de pertinence correspondait à une notion d'utilité pour la conduite de l'instance, au droit de la partie défenderesse de préparer et présenter une défense pleine et entière³⁰⁷. Comme l'expliquait le juge Morissette, de la Cour d'appel du Québec, « [l]a notion de pertinence, notoirement malléable, est fonction pour une bonne part de ce que les parties ont allégué dans les actes de leur procédure, dans les écritures »³⁰⁸.

L'interrogatoire préalable conserve son caractère exploratoire sous le régime du nouveau Code de procédure civile dont l'article 228 prévoit désormais que l' « objection » de non-pertinence n'empêche pas la poursuite de l'interrogatoire : le témoin est tenu de répondre et l'objection fait seulement l'objet d'une mention sur laquelle le tribunal est appelé à statuer sur-le-champ ou lors de l'instruction. Il est admis que le juge saisi d'une « objection » de non-

³⁰³ *Pétrolière Impériale*, *supra*.

³⁰⁴ Au sujet de la règle de la pertinence en général, voir Claude Marseille, « Règle de la pertinence » dans Claude Marseille, dir, *Les objections à la preuve en droit civil*, Montréal, LexisNexis, 2015 39 [Marseille, « Règle »]; Claude Marseille, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 aux paras 1–2, 10–13 [Marseille, *Preuve civile*].

³⁰⁵ Voir Glegg, *supra*. Voir aussi *Pétrolière Impériale*, *supra*.

³⁰⁶ *Westinghouse Canada*, *supra*, p 2741.

³⁰⁷ Voir Glegg, *supra*; *Hôpital Laval*, *supra*.

³⁰⁸ *Geysens c Gonder*, 2010 QCCA 2301, § 13 [Geysens].

pertinence au préalable n'est pas dans une aussi bonne position que le juge du fond pour trancher. Dans le doute, il faut réserver le sort des objections au juge de fond³⁰⁹.

La situation est quelque peu différente lorsque le tribunal est appelé à se prononcer sur la pertinence d'une demande de communication d'un document. La recherche d'une pièce implique une démarche indépendante, qui sera généralement effectuée postérieurement à la séance d'interrogatoire³¹⁰. Sous l'ancien Code de procédure civile, il était communément admis qu'une demande de communication de documents ne devait pas donner lieu à une « recherche à l'aveuglette »³¹¹ ou « partie de pêche »³¹². La Cour d'appel avait rappelé à plusieurs reprises que l'interrogatoire préalable ne devait pas servir à mener une recherche au hasard dans les dossiers et documents de l'adversaire de tout fait qui pourrait venir étayer ses prétentions, bonifier sa cause ou éroder la crédibilité de la partie adverse, ou encore être utilisé dans l'espoir de valider de simples hypothèses ou pour tenter de découvrir des griefs encore inconnus³¹³.

À plusieurs reprises, les tribunaux avaient annulé en tout ou en partie des demandes de communication pour le motif qu'il s'agissait de recherches à l'aveuglette, sans pertinence³¹⁴. L'interdiction de recherches à l'aveuglette servait également à empêcher une partie à conduire une investigation de caractère général dans les affaires d'un tiers. Ainsi, dans une action en dommages-intérêts suite au licenciement du demandeur, la Cour suprême n'avait pas autorisé l'interrogatoire d'un tiers pour motif que le demandeur n'alléguait aucun fait qui permettait de croire que celui-ci aurait eu quelque implication dans le licenciement³¹⁵.

Ces principes devraient demeurer applicables sous le nouveau Code de procédure civile. Le tribunal est appelé à garantir l'équilibre entre le droit d'obtenir la communication de documents se rapportant au litige, d'une part, et l'obligation d'énoncer les faits qui justifient l'acte de procédure (à savoir la demande de communication) « avec clarté, précision et concision » (art. 99 CPCiv), d'autre part.

2. LES RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

La Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer à plusieurs reprises sur le conflit entre la conception large de la pertinence en droit de la preuve et la confidentialité de certains renseignements. Le juge LeBel expliquait, dans une affaire³¹⁶ où la Cour suprême du Canada avait autorisé la communication d'un dossier psychiatrique lors d'une action en dommages-

³⁰⁹ Marseille, *Preuve civile*, *supra*.

³¹⁰ Marseille, « Règle », *supra*, § 2–58.

³¹¹ La « recherche à l'aveuglette » correspond au terme de *fishbing expedition*, issu de la *common law*. Le terme « recherche à l'aveuglette » a notamment été utilisé par le juge Baudouin à l'arrêt *Blaikie c Commission des valeurs mobilières du Québec*, 1990 CanLII 3481 (CA Qc) [*Blaikie*], § 9 et s'est depuis imposé dans la doctrine et la jurisprudence québécoises, qui préfèrent ce terme à la traduction plus littérale de « partie de pêche ». Voir Ducharme et Panaccio, *supra*, § 1094; Ferland et Emery, *supra*, § 1-1754.

³¹² Voir généralement *Geysens*, *supra*; *Westinghouse Canada*, *supra*; *Blaikie*, *supra*; *Compagnie D'assurance-vie Crown c Allaire*, 1986 CanLII 3844 (CA Qc); Ducharme et Panaccio, *supra*, § 1094; Ferland et Emery, *supra*, § 1-1754.

³¹³ Voir notamment *Geysens*, *supra*; *Blaikie*, *supra*.

³¹⁴ Pour des exemples récents, voir *Geysens*, *supra*; *Fuoco c Société générale de financement du Québec*, 2006 QCCA 1491; *Paquet c Tardif*, 2004 CanLII 73172 (CA Qc).

³¹⁵ Voir *Vennat c Canada (PG)*, 2005 CanLII 6474 (CS Qc).

³¹⁶ *Glegg*, *supra*; *Québec (Procureur général) c Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, 1991 CanLII 3536 (QC CA), [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), t. 1, p. 570-572.

intérêts pour des souffrances, douleurs, choc et nervosité causés par une prothèse métallique :

Le juge saisi par les parties devra se soucier de ne pas permettre que la divulgation de documents ou les questions posées lors des interrogatoires préalables dépassent les bornes de ce qui est pertinent, c'est-à-dire utile pour l'affaire. Cette fonction de contrôle est particulièrement importante et doit être remplie avec grand soin lorsque des objections mettent en cause le droit au respect de la vie privée. Dans les cas qui le demandent, le juge établit alors les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la confidentialité de l'information et sur sa divulgation.

Lors d'un recours collectif lié à des activités anticoncurrentielles, la Cour suprême du Canada³¹⁷ autorisait la divulgation d'enregistrements de communications privées interceptées dans le cadre d'une enquête pénale, en précisant :

Le juge qui établit les modalités de la communication de documents à caractère privé doit considérer et soupeser les différents intérêts en présence. Il doit, d'une part, limiter les risques d'atteinte à la vie privée et, d'autre part, éviter de restreindre indûment l'accès aux documents pertinents, pour que les procédures demeurent équitables, que la recherche de la vérité ne soit pas entravée et que le déroulement de l'instance ne soit pas retardé de manière injustifiée (voir *Frenette*, p. 685-686).

La protection des renseignements confidentiels et de la vie privée devraient continuer à jouer un rôle important pour encadrer la communication des documents sous le régime du nouveau *Code de procédure civile*³¹⁸. En principe, le tribunal se limitera à imposer des modalités strictes pour assurer la protection des renseignements. Dans des situations exceptionnelles, il n'est pas exclu qu'il puisse refuser la demande de communication³¹⁹.

a. Les privilèges fondés sur des dispositions législatives

Le droit québécois protège la confidentialité de certains faits ou documents par des dispositions législatives³²⁰. Plusieurs dispositions garantissent par exemple la confidentialité et empêchent la divulgation en justice :

- de séances de conciliation et de médiation afin de permettre aux participants de s'exprimer en toute liberté (art. 163 et 381, CPCiv) ;
- de ce qui a été révélé au commissaire en déontologie policière et aux membres de son personnel, dans l'exercice de leurs fonctions à l'égard d'une plainte (art. 139, loi sur la police³²¹) ;
- de la communication que le conjoint du témoin appelé à déposer lui aurait fait au cours de leur vie commune (art. 282, CPCiv).

En revanche, les renseignements personnels ne sont pas couverts par une telle confidentialité. Ainsi, ni la loi sur l'accès aux documents publics des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels³²², ni la loi sur la protection des renseignements

³¹⁷ *Pétrolière Impériale*, *supra*.

³¹⁸ Voir Cotnam, *supra*.

³¹⁹ Voir *Pétrolière Impériale*, *supra*.

³²⁰ Pour une vue d'ensemble, voir Ducharme et Panaccio, *supra*, § 492-495.

³²¹ RLRQ c P-13.1.

³²² RLRQ c A-2.1.

personnels dans le secteur privé³²³ ne protègent contre la divulgation en justice, ni même au stade de la procédure préalable, comme l'a jugé la Cour d'appel³²⁴.

b. Les privilèges fondés sur les circonstances de chaque cas

Pour répondre à des préoccupations sociales prépondérantes, la Cour supérieure³²⁵ avait notamment protégé les sources journalistiques sur la base de la liberté de presse telle que reconnue par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³²⁶. Sans s'appliquer directement au droit civil québécois, ces décisions avaient néanmoins été étoffées par une analyse comparative des principes de *common law* selon lesquels, lorsque l'information recherchée n'est pas protégée contre la divulgation un privilège spécifique, elle peut encore l'être en raison d'un « privilège fondé sur les circonstances de chaque cas »³²⁷. Cette jurisprudence devrait demeurer applicable sous le nouveau régime de procédure civile³²⁸.

c. Les secrets de commerce

Sous l'ancien Code de procédure civile, une partie ne pouvait invoquer de privilège fondé sur la confidentialité d'une information commerciale. Ainsi, les états financiers, les secrets de fabrique, les listes de clients ou le contenu de contrats n'étaient pas protégés. Toutefois, la nature confidentielle de ces informations avait parfois amené les tribunaux à hésiter à en ordonner la communication.

Ainsi, la Cour d'appel s'était d'abord montrée favorable à la protection des états financiers lorsque, dans un contexte où l'adversaire est un concurrent, la communication pouvait s'avérer délicate³²⁹. Elle avait ensuite retenu l'absence de privilège protégeant les états financiers tout en refusant leur communication sur la base d'une analyse de la pertinence³³⁰. Par la suite, la Cour d'appel avait modifié sa jurisprudence pour permettre la communication des états financiers, afin de garantir la souplesse requise au stade de l'interrogatoire préalable³³¹. Dans une affaire d'évaluation d'un site d'enfouissement aux fins du calcul de l'indemnité d'expropriation, la même Cour d'appel avait maintenu la protection de renseignements

³²³ RLRQ c P-39.1.

³²⁴ Au sujet de la Loi sur l'accès aux documents publics des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, voir *Société Nationale de l'Amiante c. Lab Chrysoïle inc.*, 1995 CanLII 5340 (QC CA); au sujet de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, voir *9083-2957 Québec Inc. c. Caisse populaire de Rivière-des-Prairies*, 2004 CanLII 32390 (QC CA).

³²⁵ Voir *Drouin c Presse liée (La)*, 1999 CanLII 11882, EYB 1999-15772 (REJB) (CS Qc); *Landry c Diffusion Métromédia CMR inc.*, 1999 CanLII 10964 (CS Qc).

³²⁶ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

³²⁷ Voir *R c Gruenke*, [1991] 3 RCS 263, 1991 CanLII 40 [Gruenke]; *Slavutych c Baker et al*, [1976] 1 RCS 254, 1975 CanLII 5.

³²⁸ Voir notamment Marie-Louise Delisle et Marie-Pier Cloutier, « Privilège fondé sur les circonstances de chaque cas » dans Marseille, *supra*, p 195–207.

³²⁹ Voir *JE Verreault & fils ltée c NGM construction ltée*, 1991 CanLII 3193 (CA Qc); *Pomerleau-Bouygues inc c Acier Gendron ltée*, 1993 CanLII 3963 (CA Qc) [*Pomerleau-Bouygues*].

³³⁰ Voir *Pomerleau-Bouygues*, *supra*, où la Cour d'appel passe à l'analyse de la pertinence des états financiers pour les fins du litige : « Sont-ils cependant pertinents à cette étape-ci du dossier? Même s'il est vrai que, dans le cadre d'un examen au préalable, il faut faire preuve d'une grande prudence dans l'appréciation de la pertinence, que le juge du fond sera beaucoup mieux en mesure d'apprécier, encore faut-il, cependant, qu'il ne s'agisse pas d'une simple expédition de pêche et que, en l'instance, il soit démontré au moins *prima facie* que les états financiers sont effectivement requis pour contrôler l'affirmation du témoin. »

³³¹ Voir *Pierre Giguère consultants*, *supra*.

confidentiels détenus par une entreprise concurrente, tiers au débat judiciaire, qui auraient dû servir à une évaluation fondée sur l'analyse de transactions comparables³³².

Sous le nouveau Code de procédure civile, il est probable que les tribunaux continuent à adopter des mesures de protection de certains renseignements, en raison de leur nature confidentielle. La pratique judiciaire veut que les documents confidentiels soient transmis au tribunal sous scellé afin qu'il puisse déterminer de la pertinence et de la nécessité de la communication. Le cas échéant, le tribunal pourra ordonner les mesures appropriées pour sauvegarder les droits des personnes concernées par les renseignements et encadrer convenablement le débat judiciaire à leur sujet³³³.

3. LE SECRET PROFESSIONNEL

Le secret professionnel est un des droits fondamentaux protégés, à l'égard des membres des 43 ordres professionnels régis par le *Code des professions*³³⁴, par la *Charte des droits et libertés de la personne*³³⁵ :

Art. 9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Le secret professionnel a une double dimension. D'une part, les professionnels sont soumis à une obligation de discrétion et de confidentialité, qui leur impose de ne pas divulguer à des tiers des informations qu'ils ont obtenues dans le cadre d'une relation professionnelle. D'autre part, dans un contexte judiciaire, le secret professionnel garantit une « immunité de divulgation en justice », qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée³³⁶.

L'immunité de divulgation ne s'applique pas de manière générale à toutes les professions. Si la question a été débattue après la mise en vigueur de la *Charte*³³⁷, il est aujourd'hui généralement admis que tout secret professionnel, y compris celui du médecin, ne fait pas obstacle à la communication forcée de la même manière que le secret professionnel de l'avocat.

³³² Voir *Service spécial de vidanges inc c Régie intermunicipale de gestion des déchets de la Mauricie*, 1997 CanLII 10688, EYB 1997-01066 (REJB) (CA Qc).

³³³ Voir *Agence du revenu du Québec c Moussi*, 2014 QCCA 1832.

³³⁴ RLRQ c C-26.

³³⁵ RLRQ c C-12.

³³⁶ Voir notamment *Société d'énergie, supra* ; Ducharme et Panaccio, *supra*, § 345–346.

³³⁷ Le caractère extensif de cette disposition – il existait 38 ordres professionnels au Québec au moment de la mise en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne*, auxquels était venu s'ajouter la corporation des technologues des sciences appliquées – avait incité, en 1984, deux auteurs à parler du secret professionnel comme d'une « hydre à trente-neuf têtes » rôdant dans le droit de la preuve : « À cet égard, l'état actuel du droit positif québécois laisse beaucoup à désirer : d'un côté, un texte de loi et une réglementation sans nuance qui, interprétés libéralement, contraindraient les tribunaux à faire fréquemment acte de démission; de l'autre, une jurisprudence empreinte de méfiance, qui tente d'éviter les obstacles dans la recherche des faits, mais qui risque de s'enliser dans sa casuistique. », Yves-Marie Morissette et Daniel W Shuman, « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984) 25:3 C de D 501.

a. Le secret professionnel de l'avocat

Le secret professionnel de l'avocat bénéficie d'une protection spéciale. Il est réaffirmé à l'article 131 de la loi sur le barreau³³⁸. Comme l'explique le juge Lebel³³⁹ :

L'obligation de confidentialité imposée à l'avocat s'explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l'avocat et son client. La protection de l'intégrité de ce rapport est elle-même reconnue comme indispensable à la vie et au bon fonctionnement du système juridique canadien. Elle assure la représentation effective des clients et la communication franche et complète de l'information juridique nécessaire à ceux-ci.

L'immunité en justice du secret professionnel de l'avocat ne porte en principe que sur les renseignements confidentiels qui ont été révélés à celui-ci en raison de sa profession, c'est-à-dire dans le cadre d'une relation client-avocat³⁴⁰. La pratique judiciaire considère que cette relation client-avocat ne dépend pas de la formation du mandat, mais prend naissance dès les premières démarches du client auprès de l'avocat en vue d'obtenir un avis juridique³⁴¹, et cela même si l'avocat est l'employé d'une entreprise³⁴² ou du gouvernement³⁴³.

Le privilège du secret professionnel peut être invoqué dès lors que trois conditions sont réunies : l'information a fait l'objet d'une communication entre un avocat et son client; elle comporte une consultation ou un avis juridique³⁴⁴ et les parties la considèrent de nature confidentielle³⁴⁵.

Sont en principe protégées : toutes les révélations du client et toutes les communications écrites et orales entre le client et son avocat, y compris par exemple : les informations financières fournies par un client afin d'établir son admissibilité à un programme d'aide juridique³⁴⁶, un échange d'opinions ou de correspondance³⁴⁷, des rapports d'expertise ou d'enquête dressés pour informer le conseiller juridique ou en préparation d'un litige éventuel³⁴⁸.

b. Le privilège relatif au litige

Plus récemment, les tribunaux québécois ont fait appel au « privilège relatif au litige », principe issu de la *common law*, pour protéger contre la divulgation certains documents préparés aux fins d'un litige. Comme l'explique le juge Fish³⁴⁹ :

[L]e privilège relatif au litige n'a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a

³³⁸ RLRQ c B-1.

³³⁹ *Société d'énergie, supra*. Voir aussi *Gruenke, supra*, p 289.

³⁴⁰ Voir Ducharme et Panaccio, *supra*, § 372; Claude Marseille, « La protection des informations confidentielles en droit civil québécois » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville (Qc), vol 143, Yvon Blais, 2000 à la p 204.

³⁴¹ Voir *Descôteaux et autre c Mierzwinski*, [1982] 1 RCS 860, 1982 CanLII 22 à la p 876 [*Descôteaux*].

³⁴² Voir *Robinson c Weinberg*, 2005 CanLII 35800 (CS Qc).

³⁴³ Voir *Société d'énergie, supra* **Erreur ! Signet non défini.**

³⁴⁴ Voir *Québec (Sous-ministre du Revenu) c Legault*, [1989] RJQ 229, 1988 CanLII 1352 (CA).

³⁴⁵ Voir *Solosky c La Reine* (1979), [1980] 1 RCS 821 à p 837. Ces conditions ont été reconnues applicables en droit québécois par la Cour d'appel dans l'arrêt *Laprairie Shopping Centre Ltd c Pearl*, [1998] RJQ 448, 1998 CanLII 13242 (CA).

³⁴⁶ Voir *Descôteaux, supra*.

³⁴⁷ Voir *The Citadel General Assurance Company c Wolofsky*, 1984 CanLII 2808 (CA Qc).

³⁴⁸ Voir *Gerling Global, cie d'assurance générale c Sanguinet Express inc*, 1989 CanLII 439 (CA Qc); *I.C. infrastructure construction liée c Procureur général du Québec*, [1986] RDJ 478, 1986 CanLII 3845 (CA Qc).

³⁴⁹ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, § 27, [2006] 2 RCS 319.

pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée.

Les tribunaux ont par exemple rejeté les preuves issues du travail préparatoire d'un expert en vue du litige, obtenues sans autorisation par un logiciel de surveillance³⁵⁰, ou encore un rapport préliminaire préparé par un ingénieur et transmis par une partie à son avocate en vue de la préparation du litige³⁵¹.

c. La communication de dossiers médicaux

L'immunité de divulgation des informations obtenues par le médecin dans ses rapports professionnels avec le patient est garantie par la loi médicale (art. 42)³⁵². La confidentialité de ces informations est reconnue par le Code de déontologie des médecins [art. 20(3)]³⁵³.

Cette immunité n'est pas absolue. Comme l'ancien Code (art. 400), le nouveau Code de procédure civile autorise explicitement l'accès au dossier médical :

Art. 245. Le tribunal peut, si cela est nécessaire pour établir l'état physique ou mental d'une partie, de la personne concernée par la demande ou de celle qui a subi le préjudice donnant lieu au litige, ordonner à l'établissement de santé et de services sociaux qui détient le dossier de la personne examinée ou dont le décès a donné lieu à une demande fondée sur la responsabilité civile, de communiquer le dossier à une partie et de lui laisser prendre copie des renseignements pertinents à la preuve.

En principe, la communication des dossiers médicaux est limitée aux seuls patients requis de se soumettre à un examen physique ou mental ou dont le décès a donné lieu à une action en responsabilité civile et aux seuls dossiers médicaux auprès d'un établissement de santé ou des services sociaux, et non aux dossier auprès d'un médecin³⁵⁴.

Au-delà de ces limites, sous l'ancien *Code de procédure civile*, la jurisprudence autorisait les parties à requérir du tribunal une ordonnance de communication (art. 402, anc. CPCiv, aujourd'hui art. 251, CPCiv). A été ainsi ordonnée la divulgation d'un dossier médical pour permettre à l'assureur d'établir les circonstances de la mort de l'assuré, sur la base du principe de la pertinence de la preuve et de l'importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige. Comme l'expliquait la juge L'Heureux-Dubé³⁵⁵ :

[D]ans un contexte extra-judiciaire, le respect de la vie privée du particulier constitue le principe majeur qui sous-tend l'obligation d'un professionnel ou d'un hôpital de garder secret les dossiers médicaux. [...] Par contre, dans un contexte judiciaire, l'obligation de confidentialité qui incombe aux hôpitaux et l'obligation d'observer le secret professionnel qui incombe à des personnes comme les médecins se transposent en un privilège relatif à la preuve.

La Cour d'appel du Canada avait admis, à plusieurs reprises, la communication d'un dossier médical afin de permettre d'établir l'état de santé du patient à l'époque de la signature d'un

³⁵⁰ Voir *Informatique Côté, Coulombe inc c Groupe Son X Plus inc*, 2012 QCCA 2262.

³⁵¹ Voir *Desjardins Assurances générales inc c Groupe Ledor inc, mutuelle d'assurances*, 2014 QCCA 1501.

³⁵² RLRQ c M-9.

³⁵³ RRQ 1981, c M-9, r 4.1.

³⁵⁴ Sous l'ancien *Code de procédure civile*, voir *Guillemette c Boulanger*, 1997 CanLII 8195, JE 97-1039 (CS Qc).

³⁵⁵ Voir *Frenette c Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 RCS 647, 1992 CanLII 85.

testament³⁵⁶ ou encore, lors d'une action en dommages-intérêts pour décès prématuré d'un patient suite au report d'une opération dû à une grève, la communication de dossiers médicaux d'autres patients afin de permettre la démonstration du processus d'élaboration des priorités opératoires³⁵⁷. Cette jurisprudence devrait continuer de s'appliquer sous le régime du nouveau *Code de procédure civile*³⁵⁸.

4. L'IMMUNITÉ D'INTÉRÊT PUBLIC

L'« immunité d'intérêt public » désigne le droit pour l'État de refuser de divulguer en justice des documents et des informations dont la communication serait susceptible de porter atteinte à l'intérêt public³⁵⁹. Ce droit, qui tire son origine de la *common law*, est aussi appelé « privilège de la Couronne ». Il est régit, en droit fédéral par la loi sur la preuve (art. 37 à 39)³⁶⁰ et en droit québécois par le Code de procédure civile (art. 308, anc. CPCiv et art. 283, CPCiv) :

Art. 283. Le fonctionnaire de l'État convoqué comme témoin ne peut, en raison de son devoir de discrétion, être contraint de divulguer des renseignements qu'il a obtenus dans l'exercice de ses fonctions dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public.

Les motifs d'intérêt public sont exposés dans une déclaration sous serment du ministre ou du sous-ministre dont relève le témoin et sont soumis à l'appréciation du tribunal.

Autrefois perçu comme une protection absolue, l'intérêt public de la non-divulgation des documents est désormais mis en balance avec l'intérêt public d'une bonne administration de la justice³⁶¹. Le tribunal doit tenir compte, notamment, de la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger, de la gravité de l'accusation ou des questions concernées, de l'admissibilité des documents et leur utilité, de la question de savoir s'il y avait d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements, si la divulgation demandée visait la communication de certains documents ou constituait un interrogatoire à l'aveuglette, si les renseignements sont susceptibles d'établir un fait crucial pour la défense³⁶². En droit fédéral, les tribunaux ont par exemple protégé certaines informations policières³⁶³, ainsi qu'une partie des témoignages relatifs à une prise d'otage dans un conflit international³⁶⁴. En droit québécois, sont notamment protégés par l'immunité d'intérêt public les rapports d'enquêtes des corps policiers provinciaux en matière pénale³⁶⁵.

³⁵⁶ Voir *Nazzari c Nazzari*, 2016 QCCA 1334, EYB 2016-269313 (REJB); *Pagé c Henley (Succession de)*, 2016 QCCA 964, EYB 2016-266501 (REJB); *Pagé*, *supra*.

³⁵⁷ Voir *Hôpital Laval*, *supra*.

³⁵⁸ Voir Stéphane Reynolds et Monique Dupuis, « La preuve avant procès » dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2016-2017, vol 2, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2016, 311 à la p 323.

³⁵⁹ Voir Ducharme et Panaccio, *supra*, § 280.

³⁶⁰ LRC 1985, c C-5.

³⁶¹ Voir *Carey c Ontario*, [1986] 2 RCS 637, 1986 CanLII 7 [*Carey*].

³⁶² En droit fédéral, voir *ibid*; *Canada (Procureur général) c Ribic (CAF)*, 2003 CAF 246, [2005] 1 RCF 33 [*Ribic*]; *Khan c Canada*, [1996] 2 RCF 316, 1996 CanLII 4032 [*Khan*]. En droit québécois, voir *PG Québec c Dorion*, 1992 CanLII 3338 (CA Qc).

³⁶³ Voir *Khan*, *supra*.

³⁶⁴ Voir *Ribic*, *supra*.

³⁶⁵ Voir Ducharme et Panaccio, *supra*, § 301. Voir aussi *Sirois-Hallé c Bélair, cie d'assurances générales*, 1999 CanLII 11905 (CS Qc), en application de l'article 28 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1.

L'immunité dont disposent les fonctionnaires de l'État, tant au niveau provincial que fédéral, est en principe relative. En droit fédéral, seuls les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine bénéficient d'une immunité absolue.

C. L'OBLIGATION DE COMMUNICATION DES DONNÉES ÉLECTRONIQUES

Les parties fixent les modalités et le délai de transmission des pièces au protocole de l'instance. A défaut, une partie peut, sans formalités, dès qu'elle est informée qu'une autre partie entend invoquer un élément de preuve, demander d'en obtenir copie ou d'y avoir autrement accès. Si sa demande n'est pas satisfaite dans les 10 jours, le tribunal peut rendre une ordonnance de communication (art. 246, CPCiv).

En ce qui concerne la forme de la communication, le Code de procédure civile (art. 26) préconise « l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal ». En pratique, aujourd'hui, la plus grande partie de la preuve devant les tribunaux québécois est constituée de courriels et présentée de manière électronique³⁶⁶.

L'équivalence des supports est consacrée à l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³⁶⁷ (art. 2) ajoute que les supports de l'information sont interchangeables et que même l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. Le principe de l'interchangeabilité permet qu'un document, à l'origine sur support papier soit transféré sur support électronique et inversement. Cette pratique est répandue pour la communication de courriels électroniques³⁶⁸.

Les parties sont tenues de transmettre les documents requis uniquement. En principe, il n'est pas nécessaire de donner accès aux appareils électroniques, tels qu'ordinateurs, téléphones intelligents, tablettes, disques durs, etc., ou encore aux comptes électroniques. Dans les rares cas où cela pourrait se justifier, la Cour d'appel du Canada a défini les éléments que doit comporter toute ordonnance accordant l'examen des ordinateurs d'une partie³⁶⁹ :

1. **Qui ?** Le nom de la personne qui fera l'exercice et la nature précise de ses qualifications devraient être fournis au tribunal. Un affidavit devrait attester que l'exercice envisagé est possible et peut donner le résultat escompté. La partie qui la requiert et l'expert qui l'exécute devraient être redevables des conséquences si l'ordonnance n'est pas exécutée correctement selon ses modalités.

2. **Quoi ?** L'objet de l'exercice devrait toujours être fourni au tribunal, avec une description précise de ce qui est recherché. L'importance d'une précision adéquate et d'une mesure correcte dans la description de ce qui est recherché est fondamentale. (...) la Cour suprême insiste sur l'importance de la fonction de contrôle du tribunal lorsque l'information recherchée met en cause le droit au respect de la vie privée. (...) Dans une situation comme celle du dossier à l'étude, l'utilisation de mots clés pour bien circonscrire les fichiers et répertoires visés, que ce soit pour les versions créées, modifiées ou effacées des documents que l'on recherche, devrait

³⁶⁶ Voir Dominique Jaar et François Senécal, « L'administration de la preuve électronique au Québec? » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents et tendances en procédure civile* (2010), vol 320, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 aux p 131, 157.

³⁶⁷ RLRQ c C-1.1.

³⁶⁸ Voir Brochu, *supra*.

³⁶⁹ 2013 QCCA 2090, JE 2014-29 [Desmarteau] ; voir aussi *Mag Energy Solutions inc c Falconer Cloutier*, 2016 QCCS 2830.

faire partie de la description. Celle-ci devrait en outre prévoir les exclusions qui s'imposent en ce qui touche les communications avocat-client.

3. **Combien ?** Une évaluation du coût de l'exercice envisagé devrait être fournie au tribunal, ne serait-ce que pour permettre au juge de s'assurer que les principes de proportionnalité sont respectés. D'une part, il est loin d'être acquis que, selon les enjeux monétaires impliqués, de tels exercices se justifient dans chaque cas. Tenir compte du rapport coût/bénéfice de la démarche peut parfois être révélateur dans l'évaluation de son utilité au débat. D'autre part, l'on ne peut ignorer que le coût de l'exercice peut parfois faire partie des dépens qui seront éventuellement adjugés contre la partie qui succombe sur le fond.

4. **Quand ?** Le moment où se tiendra l'exercice et sa durée maximale devraient être annoncés à la requête et prévus dans l'ordonnance prononcée.

5. **Où ?** De la même manière, l'endroit où l'exercice doit être effectué devrait être annoncé et précisé dans l'ordonnance.

6. **Comment ?** Il va de soi que les modalités propres à l'exercice envisagé devraient en tout temps être précisées à la requête et à l'ordonnance qui s'ensuit. Cela inclut notamment l'élaboration des conditions et modalités des procédures applicables à la protection des documents visés par le privilège avocat-client.

7. **En présence de qui ?** Tant la requête que l'ordonnance devraient préciser le nom et les qualités des personnes qui seront présentes lors de l'exercice. Cela devrait en tout temps inclure au minimum la partie à qui appartient l'ordinateur, ainsi que son expert, le cas échéant. Pour ce qui est des autres, notamment la partie qui requiert l'ordonnance, le tribunal devrait préciser qui peut participer à l'exercice de façon à éviter toute polémique.

8. **Pour qui ?** Enfin, la requête et l'ordonnance devraient prévoir à qui le rapport résultant de l'examen sera remis, c'est-à-dire les parties et/ou le tribunal. Lorsque l'examen vise à identifier le contenu d'un ordinateur, et que ce contenu, quel qu'il soit, est estimé pertinent pour l'affaire, ce rapport devrait être remis à toutes les parties et versé au dossier de la cour³⁷⁰.

II. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En matière d'acte judiciaires étrangers, le droit québécois applique une présomption de validité des décisions judiciaires étrangères (art. 3155, CCiv), ainsi que la notion de courtoisie internationale³⁷¹ définie par la Cour suprême du Canada, selon la formule de la Cour suprême des États-Unis³⁷², comme « la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des

³⁷⁰ Desmarteau, *supra*, § 92.

³⁷¹ Voir *Spar Aerospace Ltée c American Mobile Satellite Corp*, 2002 CSC 78, § 22, [2002] 4 RCS 205 [*Spar*]; *Samson Bélair/Deloitte & Touche c Teleglobe Communications Corporation*, 2006 QCCA 819 [*Samson*]; Henri Kélada, *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 à la p 20; Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, § 51.

³⁷² Voir *Hilton v Guyot*, 159 US 113 (1895) à la p 164.

obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens et des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois »³⁷³.

Dans ce contexte, la communication des preuves présentes sur le territoire québécois à des autorités judiciaires étrangères se voit limitée par les règles relatives à l'exécution des commissions rogatoires et celles introduites par les lois dites de blocage.

A. L'EXÉCUTION DES COMMISSIONS ROGATOIRES

Le Code de procédure civile (art. 504 à 506) dispose qu'en principe, un tribunal d'un pays étranger, devant lequel est pendante une cause civile ou commerciale, qui désire obtenir le témoignage d'une personne ou un document qui se trouve au Québec, peut requérir à cette fin l'assistance d'un tribunal québécois³⁷⁴. Le Code est néanmoins muet quant aux critères à réunir pour qu'une telle requête soit reçue.

En principe les tribunaux québécois sont tenus de reconnaître et d'exécuter les commissions rogatoires, même si elles portent sur un interrogatoire pour des fins exploratoires³⁷⁵. Toutefois, avant d'ordonner l'exécution d'une commission rogatoire, il est du pouvoir discrétionnaire du tribunal de prendre en compte les facteurs suivants :

- 1) la pertinence et la nécessité de la preuve recherchée pour la solution du litige ;
- 2) l'intention des parties d'utiliser ces éléments de preuve lors du procès ;
- 3) le fait que ces éléments de preuve ne peuvent pas être obtenus par d'autres moyens ;
- 4) la compatibilité de l'ordonnance recherchée avec l'ordre public québécois ;
- 5) l'identification suffisante et raisonnable des documents recherchés ;
- 6) le fait que l'ordonnance recherchée n'impose pas des contraignantes indues aux témoins³⁷⁶.

Les tribunaux refusent en particulier d'ordonner l'exécution de commissions rogatoires trop vagues ou dont la portée est extrêmement large, qu'ils estiment être des recherches à l'aveuglette. Ils s'opposent aussi à ce que la commission rogatoire serve uniquement à obtenir des documents électroniques qui n'auraient pas été communiqués dans le procès à l'étranger, s'il n'a pas été démontré que des copies de ces documents ne pouvaient pas être obtenues par d'autres moyens.

Dans un contexte interprovincial, la Cour d'appel du Canada a notamment jugé que certaines parties d'une requête de communication de nombreux documents et états financiers d'un *trust* n'étaient pas suffisamment pertinentes et nécessaires, qu'elles étaient contraires à l'ordre public québécois qui protège la confidentialité du testateur et qu'elles étaient trop contraignantes³⁷⁷. La Cour supérieure a quant à elle refusé d'exécuter une commission

³⁷³ *Spar, supra*, § 19. Voir aussi *Holt Cargo Systems Inc c ABC Containerline NV (Syndics de)*, 2001 CSC 90, § 69, [2001] 3 RCS 907; *Morguard Investments Ltd c De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077 à la p 1096, 1990 CanLII 29; *Spencer c La Reine*, [1985] 2 RCS 278 à la p 283, 1985 CanLII 4.

³⁷⁴ Sous le régime de la *Loi sur certaines procédures*, voir *Samson, supra* note 371.

³⁷⁵ Voir *Samson, supra*.

³⁷⁶ Voir *Ludmer c Ludmer*, 2009 QCCA 1414, § 38 [*Ludmer*]; *ZTE USA inc c Voiceage Corporation*, 2016 QCCS 3204 [*ZTE USA*]; *Spartan Race Inc c Weinberg*, 2015 QCCS 2227 [*Spartan*].

³⁷⁷ Voir *Ludmer, supra*.

rogatoire en provenance de l'État du Massachusetts parce que les informations fournies par la partie demanderesse et celles qui figuraient dans la commission ne permettaient ni de déterminer si les documents recherchés étaient pertinents et nécessaires, ni si ceux-ci ne pouvaient être obtenus par d'autres moyens, en particulier en ce qui concernait les copies de courriers électroniques³⁷⁸. Dans une affaire portant sur des lettres rogatoires délivrées aux États-Unis, cette même cour a estimé que leur portée était extrêmement large et qu'il y avait lieu de circonscrire les questions des interrogatoires demandés et de préciser la nature des documents demandés³⁷⁹.

Au Québec, une commission rogatoire est exécutée avant tout selon les règles de procédure civile québécoise (art. 505, CPCiv), comme celles sur la convocation et l'audition des témoins³⁸⁰. Néanmoins, il n'est pas exclu que les tribunaux québécois permettent également aux parties de faire valoir les privilèges et limites à la communication de documents, notamment l'opposition de la pertinence et du secret professionnel. Sous le régime de la Loi sur certaines procédures, la Cour d'appel semblait être prête à en autoriser l'application aux commissions rogatoires requises par une autorité étrangère³⁸¹.

B. LES LOIS DE BLOCAGE

La loi fédérale sur les mesures extraterritoriales étrangères de 1985³⁸² autorise le procureur général du Canada, s'il estime qu'un État étranger a pris ou se propose de prendre une mesure qui porte atteinte à des intérêts commerciaux canadiens ou à la souveraineté canadienne, à prendre des mesures qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de l'exécution au Canada d'une décision d'un tribunal étranger. Le procureur général peut notamment interdire ou soumettre à des restrictions la production, la communication ou l'identification, pour les besoins d'un tribunal étranger, de documents qui se trouvent au Canada (art. 3, loi citée).

Cette loi semble constituer une réponse aux revendications étrangères extraterritoriales excessives, notamment en matière de concurrence économique³⁸³. Sa portée s'étend aux contrôles à l'exportation et aux sanctions économiques. Par exemple, la loi a permis au procureur général de s'opposer, par arrêté, à certaines mesures extraterritoriales³⁸⁴. Elle ne semble pas à ce jour avoir été invoquée devant les tribunaux québécois pour s'opposer à la communication de documents ou à l'exécution d'une commission rogatoire.

La loi provinciale sur les dossiers d'entreprises de 1964 (art. 2)³⁸⁵, qui remplace une ancienne loi de 1958³⁸⁶ et s'inspire très probablement d'une loi ontarienne analogue, de

³⁷⁸ Voir *Spartan, supra*.

³⁷⁹ Voir *ZTE USA inc c Voiceage Corporation*, 2016 QCCS 3204 [ZTE USA].

³⁸⁰ Voir Alexandre-Philippe Avard, « Article 505 » dans Chamberland, *supra*, p. 2001.

³⁸¹ Voir *American Home Products Corporation c Abenbaim*, 2000 CanLII 6723 (CA Qc).

³⁸² LRC 1985, c F-29.

³⁸³ Voir Steve Coughlan et al pour la Commission du droit du Canada, *Portée mondiale et emprise locale : l'interprétation de la compétence extraterritoriale à l'ère de la mondialisation*, 23 juin 2006 aux p 31 et 66.

³⁸⁴ Par exemple l'Arrêté de 2014 sur certaines mesures extraterritoriales étrangères (États-Unis), qui, selon le résumé de l'étude d'impact de la réglementation, vise à « atténuer les incidences négatives sur les intérêts canadiens dans le cadre du processus d'appel d'offres pour la réfection de la gare maritime et de donner un accès juste à tous les fournisseurs de produits et de services canadiens pour ce projet, compte tenu des répercussions économiques importantes pour l'économie canadienne de la région », Gazette du Canada, vol 143, n° 3, DORS/2015-12.

³⁸⁵ RLRQ c D-12.

³⁸⁶ *Loi concernant les dossiers d'entreprises d'affaires dans la province*, SQ 1957-58, c 42.

1947³⁸⁷, prohibe l'envoi des documents d'une entreprise à l'extérieur du Québec, lorsque cet envoi est requis par une autorité législative, administrative ou judiciaire étrangère :

Art. 2. Sous réserve de l'article 3, nul ne peut, à la suite ou en vertu d'une réquisition émanant d'une autorité législative, judiciaire ou administrative extérieure au Québec, transporter ou faire transporter, ou envoyer ou faire envoyer, d'un endroit quelconque au Québec à un endroit situé hors de celui-ci, aucun document ou résumé ou sommaire d'un document relatif à une entreprise.

Elle a pour objectif d'empêcher ou de contrôler des interrogatoires ou des communications de documents demandés par des tribunaux ou des organismes administratifs étrangers. Ses dispositions n'ont pas substantiellement évolué depuis. Son adoption semblait être le fruit d'une volonté politique d'empêcher certaines formes de harcèlement judiciaire ou politique d'entreprises locales par des autorités américaines³⁸⁸. Néanmoins, son origine et son but exacts demeurent hypothétiques. Comme l'explique la Cour d'appel³⁸⁹ :

Selon la Cour provinciale, la *Loi des dossiers d'entreprises* a surtout pour but de protéger les entreprises ou filiales canadiennes à l'encontre de l'application des lois anti-monopoles américaines ou d'autres pays étrangers. Rien dans la loi ne dit expressément que tel est le but de cette loi qui ne comporte pas de préambule. Cependant, tenant pour acquis que le but de la loi est de protéger les entreprises québécoises à l'encontre de l'application des lois anti-monopoles de pays étrangers, il faut admettre que la preuve d'un monopole ne se fait pas exclusivement par les documents comptables d'une entreprise. La plupart du temps, c'est par les documents que l'on trouve dans les archives d'une compagnie, tels que lettres, rapports, procès-verbaux et mémos que cette preuve se fait.

Cette loi a donné lieu à une jurisprudence assez abondante, liée en grande partie à des actions en dommages-intérêts intentées aux États-Unis contre des manufacturiers québécois de produits amiantés. Les tribunaux québécois ont généralement interprété cette loi de façon large et libérale, de telle sorte que l'interdiction de communication prévue à l'article 2 a été appliquée de façon très large. La Cour d'appel, en particulier, semble avoir voulu respecter le caractère étendu de l'interdiction légale³⁹⁰. Selon son interprétation, l'interdiction ne se limite pas aux documents de nature comptable, mais inclut toutes les pièces ou écrits faisant partie des archives des entreprises du Québec, notamment les lettres, rapports, procès-verbaux et mémorandums³⁹¹. Plus encore, l'interdiction ne concerne pas seulement la communication des documents eux-mêmes, mais aussi la transmission de copies et l'inspection sur place³⁹² ainsi que l'interrogatoire de témoins, s'il ressort de la description des questions elles-mêmes que le témoin ne pourrait pas y répondre sans consulter les dossiers de l'entreprise³⁹³.

Cette interprétation confère à la loi sur les dossiers d'entreprise une influence considérable sur la manière d'interroger les témoins lors de l'exécution d'une commission rogatoire. Comme

³⁸⁷ *Ontario Business Records Protection Act*, RSO 1990, c B.19.

³⁸⁸ Voir *Hunt v T & N*, 1990 CanLII 1109 (BCSC); Jeffrey Talpis, *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? : Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001 à la p 154; Catherine Botticelli, « Recent Canadian Blocking Legislation: A Vehicle to Foster Extraterritorial Discovery Cooperation Between the United States and Canada? » (1986) 10:4 *Fordham Intl LJ* 671 à la p 677.

³⁸⁹ *Renault c Bell Asbestos Mines Ltd*, [1980] CA 370, EYB 1980-138570 (REJB) à la p 372 [*Renault*].

³⁹⁰ Voir notamment *Walsh c Gaitan & Cusack*, 1993 CanLII 4101 (CA Qc) [*Walsh*]; *Pelnar c Insurance Co of North America*, EYB 1985-143916 (REJB), JE 85-746 (CA Qc) [*Pelnar*].

³⁹¹ Voir *Renault*, *supra*. Voir aussi *Asbestos Corporation Ltd c Eagle-Picher Industries Inc*, 1984 CanLII 2830 (CA Qc) [*Asbestos*]; *Pelnar*, *supra*.

³⁹² Voir *Asbestos*, *supra*.

³⁹³ Voir *Walsh*, *supra*; *Pelnar*, *supra*.

l'explique le juge Nichols, il importe de poser des questions préliminaires, pour s'assurer que les réponses du témoin ne s'appuient pas sur des documents protégés, cas où la loi interdit au témoin de déposer³⁹⁴. En pratique, cette interprétation est à même de paralyser un procès intenté à l'étranger contre une entreprise québécoise en interdisant la communication de la preuve³⁹⁵. Dès que la réponse à une question découle d'un renseignement provenant d'un document protégé, le témoin est tenu de respecter l'interdiction de la loi. Or, font partie du contenu protégé du document sa date, le lieu où il a été fait, la signature, le sujet dont il traite. Toutes ces informations ne sauraient être divulguées³⁹⁶. Au final, l'exécution d'une commission rogatoire en matière commerciale, lorsqu'elle est requise par une autorité étrangère, doit se limiter à recueillir la simple connaissance personnelle du témoin.

Si les tribunaux ont défini une vaste interdiction de communication, ils ont néanmoins apporté certaines réserves. La plus importante concerne l'application de la loi entre les provinces. La Cour suprême du Canada déclarait la loi sur les dossiers d'entreprises constitutionnellement inapplicable aux demandes provenant d'autorités d'autres provinces ou territoires au Canada. Le juge La Forest³⁹⁷ s'exprimait ainsi :

Une loi qui prohibe la communication de documents a précisément pour objet d'empêcher qu'il y ait des litiges ou des poursuites couronnés de succès dans d'autres ressorts en refusant de reconnaître et de respecter les ordonnances qui y sont rendues. Chacun se rend compte que, tout bien considéré, de telles lois ont pour objet non pas de garder des documents dans la province, mais plutôt d'empêcher le respect d'ordonnances et ainsi le succès de litiges hors de la province, que cette dernière juge inacceptables. Ces mesures font sans doute partie de la souveraineté, mais elles vont certainement à l'encontre de la courtoisie. Dans le domaine politique, il en résulte des mesures de représailles strictes sur le plan législatif, ainsi que des luttes de pouvoir. Et cela décourage le commerce international ainsi que la répartition et la conduite efficaces des litiges. Les effets, sur le plan interprovincial, sont semblables et portent atteinte à la structure fondamentale de la fédération canadienne.

Au sujet de l'historique de ces lois, on nous a dit que l'adoption des lois ontarienne et québécoise a été précipitée par l'adoption aux États-Unis de lois antitrusts agressives à longue portée extraterritoriale. Malheureusement, ces lois qui prohibent la communication de documents constituent une réponse brutale et sont devenues elles-mêmes des lois à longue portée qui finissent par causer, de manière fortuite, un préjudice à des particuliers qui n'étaient pas dans le ressort et qui ne sont pas engagés dans les actions que ces lois étaient censées viser au départ.

A son tour, la Cour d'appel du Canada rejetait la contestation de la constitutionnalité de la loi en raison du caractère artificiel du recours, mais précisait :

Pour obtenir cette décision constitutionnelle, les appelants ne plaident pas des moyens qui auraient pu faire l'objet de débats. Ainsi, on n'a pas soulevé le problème de l'existence de la réquisition d'une autorité judiciaire étrangère qui est une condition du recours à l'article 2 de la *Loi sur les dossiers d'entreprises*, les appelants se déclarant prêts à témoigner volontairement.

On aurait pu discuter de la validité ou de la portée, peut-être trop étendue, d'ordonnances interdisant purement et simplement de témoigner ou encore de leur prématurité. Ces moyens

³⁹⁴ *Pelnar, supra*.

³⁹⁵ Voir Talpis, *supra*, p 154.

³⁹⁶ Voir Pelnar, *supra*, § 31, 32; Walsh, *supra*; Samson, *supra*.

³⁹⁷ *Hunt c T&N plc*, [1993] 4 RCS 289, 1993 CanLII 43 aux p 327–328.

auraient peut-être mieux circonscrit le débat et permis à la Cour de ne se prononcer sur la question constitutionnelle que si besoin en était³⁹⁸.

Malgré les critiques, la loi sur les dossiers d'entreprise continue à être appliquée de manière stricte par les tribunaux québécois dans les litiges internationaux³⁹⁹. La Cour supérieure a notamment refusé de remettre en cause la jurisprudence établie par la Cour d'appel au sujet de l'article 2 de la loi sur les dossiers d'entreprises⁴⁰⁰.

³⁹⁸ *Paquet c Mines SNA Inc*, [1986] RJQ 1257 à la p 1261 (CA).

³⁹⁹ Voir *Southern New England Telephone Company c Zriben*, 2007 QCCS 1391 [*Southern*]; *Teleglobe Communications c BCE Inc*, 2005 CanLII 24544 (CS Qc); *Polaris Industries inc c Rasidescu*, 1999 CanLII 12217 (CS Qc); *Trottier c Matrox Graphics Inc*, 2000 CanLII 18244 (CQ civ Qc).

⁴⁰⁰ Voir *Southern*, *supra*.

Table des matières

LES LOIS DE BLOCAGE

LE DROIT DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS, EN ALLEMAGNE, EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES, EN BELGIQUE ET AU CANADA (QUEBEC)	1
--	---

SYNTHESE	4
----------------	---

I. Les droits nationaux de l'administration de la preuve	4
II. Les commissions rogatoires internationales	6
III. Les mécanismes nationaux de blocage	8

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

ET L'ACCUEIL FAIT AUX LOIS ETRANGERES DE BLOCAGE AUX ETATS-UNIS	10
---	----

I. LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES.....	11
A. Les principes	11
1. Les communications mutuelles spontanées des parties.....	11
2. Les communications sur demande de la partie adverse ou sur ordre du juge	12
3. L'obtention des preuves à l'étranger.....	12
C. Les cas particuliers	13
1. L'impeachment	13
2. La e-discovery	14
1. Les règles légales	14
2. La jurisprudence	15
3. La loi fédérale Sarbanes-Oxley	17
II. LES LIMITES A LA COMMUNICATION DES PREUVES.....	18
A. Les principes de pertinence et de proportionnalité	18
B. Les ordonnances conservatoires	20
C. L'information dite privilégiée	20
D. Les secrets commerciaux et d'affaires	21
E. La loi relative à l'espionnage économique	23
F. Le droit du public à l'information	23
III. LES CONFLITS DE LOI EN MATIERE DE PREUVE	23
A. La Convention de la Haye et les lois étrangères de blocage dans la jurisprudence américaine .	24
1. <i>Aérospatiale v. United States District Court</i>	25
2. <i>Trueposition, Inc. v. LM Ericsson Tel. Co.</i>	25
3. <i>Global Power Equipment Group, Inc.</i>	26
4. <i>S.E.C. v. Stanford Int'l Bank, Ltd.</i>	27
5. <i>Strauss v. Crédit Lyonnais S.A.</i>	28
6. <i>Adidas (Canada) Ltd. v. S/S Seatrain Bennington</i>	28
B. <i>Forum non conveniens</i>	29

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ALLEMAGNE 31

I.	LES OBLIGATIONS DE COMMUNICATION DES PREUVES.....	36
A.	<i>L'étendue et l'objet de la communication</i>	36
1.	L'obligation de produire la preuve de ses propres allégations (règles de la preuve littérale).....	36
2.	L'obligation de produire « contre soi » (§ 142 ZPO).....	37
B.	<i>La communication des informations électroniques</i>	38
C.	<i>La protection des informations confidentielles</i>	39
1.	La protection du secret professionnel.....	39
2.	La protection des secrets d'affaires.....	40
II.	LES MECANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA <i>US DISCOVERY</i>	40
A.	<i>Le mécanisme de droit procédural - le refus de coopération</i>	41
B.	<i>Les mécanismes de droit substantiel</i>	43
1.	Pour la protection d'un intérêt national ou collectif.....	43
2.	Pour la protection de l'intérêt des tiers.....	45
3.	Pour la protection de l'intérêt d'une partie.....	46
III.	LES MECANISMES DE BLOCAGE ET CONVENTION DE LA HAYE.....	46
A.	<i>Une conception allemande moniste ou dualiste ?</i>	46
B.	<i>L'attitude des juridictions américaines face à la Convention de La Haye</i>	48
IV.	LA RECEPTION PAR LE JUGE AMERICAIN DES LOIS ALLEMANDES DE BLOCAGE.....	50

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES 53

I.	LA COMMUNICATION DES PREUVES : PRINCIPES, LIMITES ET EXCEPTIONS.....	55
A.	<i>Dispositions légales et common law</i>	55
B.	<i>Divulgateion et examen des documents</i>	56
1.	Dans la procédure rapide.....	56
2.	Dans la procédure à géométrie variable.....	57
3.	Divulgateion de documents électroniques.....	58
C.	<i>Confidentialité</i>	60
D.	<i>« Privilèges »</i>	61
II.	COMPARAISON DES DROITS ANGLAIS ET AMERICAIN.....	63
A.	<i>Différences</i>	63
B.	<i>Similitudes</i>	64
III.	LA PRODUCTION DES PREUVES A LA DEMANDE DES TRIBUNAUX ETRANGERS.....	65
A.	<i>Le droit interne</i>	65
B.	<i>La Convention de La Haye</i>	66
C.	<i>Les lois anglaises de blocage</i>	68
1.	La loi pour la protection des intérêts du commerce de 1980.....	69
2.	La loi relative aux entreprises de 2002.....	71

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

EN BELGIQUE	72
I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE	73
A. <i>L'étendue et l'objet de la communication</i>	73
B. <i>La protection des informations confidentielles</i>	75
II. LES MÉCANISMES DE BLOCAGE ENVERS LA <i>US DISCOVERY</i>	76
A. <i>Transport international et concurrence</i>	76
B. <i>Données personnelles et données électroniques</i>	77
III. LES PROCÉDURES DE COMMUNICATION DE PREUVES À L'ÉTRANGER	78

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LES LOIS DE BLOCAGE

AU CANADA (QUEBEC)	80
I. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNE	83
A. <i>L'obligation de communiquer les preuves</i>	84
1. La communication mutuelle préalable des preuves qui seront produites à l'audience	84
2. La communication des preuves en possession d'une autre partie ou d'un tiers.....	85
3. La communication des preuves lors de l'interrogatoire préalable	86
B. <i>Les limites à l'étendue et à l'objet de la communication</i>	87
1. La pertinence de la preuve	88
2. Les renseignements confidentiels	89
a. Les privilèges fondés sur des dispositions législatives	90
b. Les privilèges fondés sur les circonstances de chaque cas	91
c. Les secrets de commerce	91
3. Le secret professionnel	92
a. Le secret professionnel de l'avocat	93
b. Le privilège relatif au litige	93
c. La communication de dossiers médicaux	94
4. L'immunité d'intérêt public	95
C. <i>L'obligation de communication des données électroniques</i>	96
II. LA COMMUNICATION DES PREUVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	97
A. <i>L'exécution des commissions rogatoires</i>	98
B. <i>Les lois de blocage</i>	99