

L'Art juridique de la Guerre économique

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit et science politique de Montpellier
UMR-CNRS 5815

INTRODUCTION GENERALE

1. « La France fut faite à coups d'épée »¹. Le verbe et la geste gaulloises invitent à une considération guerrière et volontaire de sa construction : Clovis, Charlemagne, Philippe Auguste, Philippe le Bel, Charles VII, Louis XI, François Ier, Henri IV, Louis XIII, Louis XIV, Napoléon, Clémenceau, de Gaulle lui-même sont ainsi les grands hommes qui ont fait la France et sont convoqués à son Panthéon.

La France fut faite à coup d'épée sans doute, mais tout autant à coup de plume, plumes de ses légistes : les juristes romains, les légistes de l'Ancien Régime, les jurisconsultes, les codificateurs, les législateurs, les magistrats, etc. La formule pourrait d'ailleurs être nuancée : selon une formule anglaise « la plume est plus puissante que l'épée »², ou française « il n'y a que deux puissances au monde : le sabre et l'esprit, à la longue le sabre est toujours vaincu par l'esprit », aurait dit Napoléon.

Si la France fut faite à coups d'épée, le droit français fut aussi fait à coups de normes juridiques, disons de lois, de codes, pour résumer et utiliser ici une simplification juridique française associant très souvent (y compris chez les juristes) « droit » et « loi », oubliant de normes de sources variées faites d'actes de volonté dont la jurisprudence et, peut-être surtout, les normes décalées que sont coutumes, usages, habitudes, pratiques, etc., pour broser un tableau plus conforme à la réalité.

Le glaive tranche, rompt, découpe de manière radicale, brutale et décisive, mais de manière heureusement rare et épisodique. La plume du légiste consacre la victoire ou soumet après la défaite ; elle gouverne, organise, interdit, permet, administre, ponctionne, distribue, juge, décide, sanctionne, classe, définit ou redéfinit, habilite, contracte, et ce, de façon durable sinon permanente et pratiquement sans limite³. Le clerc est à bien des égards le complément du soldat dans ce travail de confection, que loue ou moque le poète. Faut-il d'ailleurs, opposer la plume et l'épée ? Le droit de la guerre, héritier du droit des gens du XVIIIème siècle, inscrit le travail de la plume dans la suite directe de celui de l'épée, et la personnification de la justice, au frontispice de tous les palais de Justice, dispose d'une balance pour assurer une juste pesée de la

¹ Ch. de Gaulle, *La France et son armée*, Plon 1938, 1971, La pléiade.

² E. B. Lytton, *Richelieu, ou la conspiration*, 1839, Acte II Scène 2. Et G. Lucas, *Indiana Jones et la dernière Croisade*, 1999. Adde W. Shakespeare, *Hamlet : Bien des gens portant l'épée ont peur des plumes d'oie*, Acte 2, scène II.

³ « Le parlement anglais peut tout faire sauf changer un homme en femme ou une femme en homme » selon la formule prêtée au genevois Jean-Louis de Lolme (Jean-Louis de Lolme, cité in L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 254), elle-même renversée par le droit moderne, par exemple du transsexualisme.

plume, le livre de droit, et du glaive, l'épée de la Justice, inaltérable alliance entre la toge, l'épée et le goupillon, de quelque bois qu'ils soient faits.

Plus qu'une opposition, la relation entre la plume et l'épée est une relation de connivence, fondée sur le même registre, celui du volontarisme : « *Gouverner, c'est vouloir* », « *impossible n'est pas français* », etc. Le volontarisme implique l'idée que l'avenir appartient à la décision, qu'elle soit celle du chef, dans l'imaginaire très français du sauveur, de l'homme providentiel, ou du groupe, le Parlement, un parti, etc. A bien des égards, citer de Gaulle aujourd'hui en exergue d'une réflexion juridique peut se présenter comme une offrande à une pensée, ou une idéologie, susceptible de limiter la portée de son résultat. Qu'on se comprenne bien : de Gaulle, lorsqu'il écrit *La France et son armée*, propose une histoire politique de la France, dans laquelle, en 1938, il présente la France comme le fruit d'une construction volontaire, rompant avec l'idée, fataliste ou maurassienne, d'une « France éternelle » (même s'il l'invoque ensuite, en août 1944 sur le parvis de l'Hôtel de Ville de Paris, mais pas dans le même sens, dans une logique historique et non nostalgique) à qui, à long terme, rien ne peut arriver. Dès lors, outre le fait que la formule est percutante, elle peut être déclinée : « *la France fut faite à coup de plume de juriste* » et peut même être élargie. La France, la Grande-Bretagne, les Etats-Unis, l'Empire romain, la Chine, le Vatican, la Mafia, Coca Cola, Google, etc., toutes les institutions de l'histoire furent faites, aussi, à coup d'épée (ou de fusil), mais surtout de plumes de juristes, chevronnés, véritables, savants ou non. Il existe ainsi une forme de connivence entre un pouvoir, quel qu'il soit, quelque forme qu'il prenne, et un ou des juristes appelés à *appliquer* un droit particulier. En 1938, en outre, les réflexions militaires s'inscrivent dans des publications sérieuses lues, commentées au même titre que d'autres. 1938 est par ailleurs une année particulière, outre la publication de *La France et son armée*, , Munich et l'Anschluss, c'est, sur le plan des idées, celle du « colloque Lippmann » réunissant les meilleurs économistes et ouvrant la voie au libéralisme moderne et à son impérialisme sur la pensée moderne⁴, détrônant, et de loin, la littérature militaire.

2. La guerre et la paix. Le droit d'un pays, la France, par exemple, est le produit d'une histoire, d'une culture, d'une tradition, façonnée sur le long terme, exportée ou exportable, ou non d'ailleurs, qui se traduit par des institutions, des règles des procédures particulières, qui véhiculent, de manière discrète mais très profondément, cette histoire, cette culture, cette tradition. La distinction que l'on propose souvent entre les pays de droit dit « civil », c'est-à-dire de tradition romano-germanique, c'est-à-dire encore de coutumes et de lois imbriquées dans une logique judéo-gréco-chrétienne, et les pays de droit de « common law », c'est-à-dire exactement les mêmes fondements à quelques détails près et, surtout à quelques détails historiques et religieux près, est de ce point de vue une illustration de cette subtilité. Les différences sont majeures alors même que les points de départ sont globalement identiques. C'est encore plus vrai avec l'opposition avec les droits de tradition animiste ou encore de tradition islamique, qui repose sur d'autres cultures, d'autres histoires, d'autres traditions. L'ensemble forme le droit d'un pays, de ses habitants, des acteurs de son économie, de ses dirigeants. La culture, l'histoire, les intérêts sous-jacents sont trop importants pour qu'ils cèdent à un altruisme béat, autrement que par saisie d'intérêts bien compris.

⁴ Comp. C. Audard, « *Qu'est-ce que le libéralisme* », Gallimard, 2009 coll. « Folio essai ».

La politique des Etats, qui n'ont pas d'amis mais uniquement des intérêts, est alors la politique du contrat, c'est-à-dire du compromis, de l'échange, jusqu'au jour où ceux-ci devenant impossibles, le litige naît, avec les moyens d'un Etat, menaces, sanctions ou ultimatum, boycott, blocus, nationalisations, etc., les moyens régaliens sont considérables et ont, tous, été utilisés par des Etats, comme prélude ou substitut d'une guerre armée.

3. La guerre économique. Or, pour toute une série de facteurs sur lesquels nous reviendrons, la guerre armée, militarisée, en tant qu'elle vise à conquérir ou défendre des territoires nationaux est devenue une situation exceptionnelle et condamnée par nature, en raison notamment de l'ampleur considérable que les relations économiques ont prises, y compris avec des Etats non « amis », voire clairement hostiles. Les enjeux de souveraineté, y compris pour des Etats ne disposant pas de forces armées aussi construites et pensées que la France, ne passent plus par des logiques nationalistes ou territoriaux, mais de protection ou de sécurisation des approvisionnements en matières premières ou de sources d'énergie, les voies et techniques d'approvisionnement, les modes de financement de l'ensemble, la sécurité informatique, etc., de telle manière que les formes violentes de confrontation sont économiques, au sens large, permettant d'identifier une forme originale de guerre, la guerre économique.

Faire de la guerre économique une technique de substitution de la guerre armée, est sans doute une formule un peu rapide. La guerre économique est le fait des hommes d'affaires, même son évoque des termes à consonance militaire pour les évoquer parfois, « capitaine d'industrie » ici, « chevalier blanc » là, composé d'un ensemble fait de chefs d'entreprises, de banquiers et financiers divers, de comptables, mais aussi de syndicats, de clients, de fournisseurs, etc., dans une logique où règnent les intérêts économiques, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas des intérêts moraux, et dépassent éventuellement, sans les gommer, les intérêts nationaux. L'ensemble serait ordonné par des juristes, publics ou privés, faisant des normes générales, nationales ou internationales, ou privées, visant à apaiser les litiges susceptibles, fatalement, d'advenir des divergences d'intérêts prévisibles. Il est aussi le fait des dirigeants des Etats participant à une logique de guerre économique, dans le but de protéger certains intérêts ou de poser des mesures normatives diverses visant à favoriser des « conquêtes » économiques ou à attirer des investisseurs.

Il est aisé alors de parler de « progrès » ; le « doux commerce » libéral de Montesquieu ou d'Adam Smith ayant vaincu les généraux bas de plafond et va-t-en-guerre. Il serait cependant assez simpliste, et même totalement erroné, de classer les soldats, les militaires de manière plus générale, comme relevant du domaine de la guerre, où le juriste serait par essence, l'homme de la paix, du partage, de la Justice. Ce serait aussi simpliste que d'opposer le chef d'entreprise, une brute avide aux dents longues, et le juriste.

La démonstration serait sans doute trop longue mais rappelons que les militaires déclenchent en général des guerres *sur ordre* de leurs gouvernants qui sont des juristes eux-mêmes ou conseillés par des juristes : les militaires modernes savent la brutalité de la guerre et le fait que leur mission, lorsqu'elle est véritablement militaire, est radicale : détruire l'ennemi en employant les moyens les plus brutaux possibles en faisant en sorte, en retour, qu'ils les subissent le moins possible. C'est sans doute la raison pour laquelle les militaires disent souvent qu'ils aiment *préparer* la guerre, assez peu la faire. Au reste, une bonne partie des missions des militaires modernes

occidentaux, et en premier lieu français, sont des missions mixtes, à la fois militaires et de maintien ou de préservation de la paix, développant des actions « civilo-militaires », etc.

A l'inverse, tenir le juriste pour une sorte de colombe personnifiée, comme si tout juriste était, par nature en quelque sorte, un « porte-droits de l'homme peace and love », serait très exagéré. Rappelons là encore que tout acte de torture, toute mise en œuvre d'une peine de mort, supposent l'assistance d'un juriste, d'un médecin, d'un prêtre, comme sa critique, qui suppose pareillement un juriste, un médecin, un prêtre.

4. Pouvoir et guerre économiques. On pourrait donc assez rapidement considérer que la guerre, au sens général et pas seulement technique du terme, et donc quelle qu'elle soit, armée, économique, écologique, humanitaire, sanitaire, etc., est aussi et peut-être, une affaire de juristes et une affaire de pouvoir.

Or c'est très exactement cette dualité que l'on retrouve dans les structures économiques modernes, que ce soit au niveau des Etats, dominés par des exigences économiques et des économistes comme autrefois, disons jusqu'à la seconde guerre mondiale⁵, ils l'étaient par des militaires, ou au niveau des structures économiques elles-mêmes, dont les entreprises ou les autorités et entités en charge de la surveillance et du contrôle des activités économiques.

La formule très connue de Clausewitz, « *la guerre est la continuation de la politique menée par d'autres moyens* » ou celle, plus fine, « *La guerre est un acte de violence destiné à contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté* »⁶ rend assez peu compte des dimensions techniques de la guerre : technique, politique, sociale, morale, religieuse, psychologique, et bien entendu économique et juridique, sinon pour les envisager toutes⁷. Par conséquent, la pensée de Clausewitz est parfaitement adaptée à toutes les formes de guerres, y compris économiques, à condition cependant qu'elles soient envisagées du point de vue d'un Etat. La distinction traditionnelle du *droit à la guerre (jus ad bellum)* et du *droit dans la guerre (jus in bello)* se retrouve d'ailleurs ici : le droit à la guerre économique est l'affaire ou bien des gouvernants ou bien des organes de direction d'une entreprise visant à déclencher un certain nombre d'actions plus ou moins agressives et l'une des places assignées au droit dans la guerre économique consiste à déterminer la validité des moyens employés. Dans les deux cas un droit de la guerre économique, à supposer que les contours de celle-ci soit identifiés et le terme justifié, sauf à hystériser tous les rapports économiques. La notion de guerre juste, particulièrement complexe à identifier, se transforme en conditions de licéité ou d'illicéité à la fois dans le déclenchement que dans la conduite d'une guerre économique et donc à renoncer à une simple règle, bestiale, du plus fort. Si on devait ramener l'idée de guerre économique à la simple existence, entre deux opérateurs privés, d'un litige, alors la distinction, en droit processuel entre le droit d'agir et le droit de conduire une action en justice est parfaitement identifiée. La *guerre économique* peut ainsi parfaitement être considéré comme une continuation de la *politique économique*, menée par d'autres moyens, qu'il s'agisse de moyens étatiques

⁵ « La guerre ! C'est une chose trop grave pour la confier à des militaires », dit Clémenceau à la tribune de l'Assemblée nationale, en 1917, formule largement reprise et théorisée ensuite par le général de Gaulle.

⁶ K. von Clausewitz, *De la guerre*, Les Éditions de Minuit, 1995.

⁷ Comp. M. Voegelé, *Guerre*, Rep. Dalloz Droit international, sp. n°2.

ou de moyens privés et, la guerre *économique* consiste à contraindre l'adversaire à exécuter notre volonté.

5. L'art juridique de la guerre économique : tentative d'identification d'un « droit de la guerre économique ». La question de la juridicité de la guerre économique est au moins aussi (peu) efficace que celle des guerres militaires. Le respect des lois de la guerre, armée ou économique, s'effectue *a priori* ou *a posteriori*, dans les limites de ce que ces règles posent ou dans la perspectives de ce que pourrait être une décision interprétant une de ces règles, pour autant que l'un des acteurs au moins disposent d'une capacité de *vouloir* respecter ces règles. Les règles du droit de la guerre, par exemple, tendent à se multiplier, dans une logique relevant essentiellement du droit des conflits armés, branche importante du droit international public, avec, en France par exemple, un corps de juristes servant de conseil au sein des forces armées. L'ensemble établit les canons juridiques et positifs *a priori* d'une guerre *juste* et d'une guerre *propre*. Il suffit cependant que l'un des acteurs d'un conflit ne respecte ces règles pour que l'hypothèse même d'une guerre « propre » s'évanouisse. Il en est de même d'une guerre économique : le droit de la guerre économique trouve sa limite dans le comportement des acteurs, de telle manière qu'il dérive, nécessairement, vers un droit du *contentieux* de la guerre économique. Il en résulte que le droit de la guerre, armée ou économique, se détermine par un certain nombre de règles, dont le respect se réalise principalement *a posteriori*, par le truchement de procédures spécifiques permettant d'en assurer le respect et la sanction. Il demeure que si le droit de la guerre économique est un concept nouveau, il s'intègre dans un ensemble de règles juridiques, internes ou internationales, bien connues, celles, au sens large, qui déterminent, avec plus ou moins de justesse, le droit des rapports économiques : le droit des contrats d'affaires, des sociétés, le droit financier, de la concurrence, de la consommation, le droit pénal des affaires, et l'ensemble des règles processuelle, étatiques ou arbitrales, qui permettent de résoudre les litiges survenus entre opérateurs privés ou entre opérateurs privés et étatiques, et pas seulement dans le cadre des litiges d'investissement.

L'intuition qui guide cette réflexion repose sur l'idée, à démontrer, que, au sein de ces règles qui gouvernent le droit, privé ou public, des relations économiques, spécialité des juristes d'affaires, se glissent des enjeux qui dépassent les seules relations entre partenaires en affaires et :ou litigants mais s'y glissent la prise en compte, réelle ou à méditer, des intérêts des Etats à encourager les actions des leurs intervenants ou à freiner celles des ressortissants des Etats qui constituent moins des ennemis que des concurrents. Toutes les actions économiques des Etats et toutes les relations privées ou publiques économiques n'y concourent pas nécessairement, mais certains éléments, parce que, ou à supposer que, les enjeux économiques dominant pratiquement tous les autres éléments de réflexion. Par exemple, le droit, interne ou international des investissements étrangers, qui visent à promouvoir les investissements d'opérateurs étrangers dans un pays ou favoriser les investissements dans un autre, participent de cet ensemble. De même, l'action d'un Etat qui cherche à attirer des investissements par des mesures appropriées, fiscales par exemple ; mais encore l'action d'un contractant d'une plateforme numérique qui cherche à requalifier ou critiquer la nature du contrat qui le lie à cette dernière, précisément parce que, alors, le conflit, de droit

du travail qui s'instaure, prend une dimension qui dépasse, et de très loin, les seuls intérêts de ce litigant⁸.

On peut mesurer alors que cette intuition peut déboucher sur une impasse : à bien des égards, il s'agit de toutes les règles du droit privé et de toutes les règles du droit public, si on veut bien les regarder par le prisme, alors déformant, du droit de la guerre économique : celui-ci ne serait que, dans la perspective où on admettrait que le *droit n'est qu'économique*, ou l'est devenu, le droit, tout court. Ce contre-argument peut paraître assez pertinent du point de vue des règles du droit privé des affaires : tout n'est qu'intérêts, divergents, ou convergents mais appelés à diverger, donc conflits potentiels, à régler, en amont ou en aval, par des règles substantielles ou processuels. Rien d'ébouriffant donc.

Ce que nous voudrions isoler, précisément et sans perdre de vue ce risque de critique, tient au fait que *certaines de ces règles* présentent une dimension, au-delà de leur considération isolée, qui est susceptible de dépasser les seules logiques privées, au sens interpersonnelles, tel contrat, tel litige quelle que soit leur importance, pour accéder à un niveau qui intéresse une conception supérieure, disons, étatique, ou nationale, qui inscrit ces règles dans un cadre plus global que nous chercherions alors à rendre cohérents à travers cette logique de « droit de la guerre économique ». Il s'agirait alors de dépasser le clivage, académique, entre les règles du droit interne des affaires et u droit du commerce international, en identifiant un droit du *grand commerce*, qui serait tout à la fois interne et international en ce sens que ces dimensions n'auraient finalement pas véritablement d'intérêt, du point de vue de ses acteurs, mais en ajoutant cette dimension particulière qu'il ne s'agirait que d'y accueillir que les situations, pratiques, décisions, etc. qui, en outre, présentent un intérêt du point de vue des intérêts économiques d'un ou de plusieurs Etats.

L'objectif est donc, sinon de recenser, du moins de tenter de mesurer les éléments, supérieurs aux règles du droit économique interne d'un Etat, mais inférieur aux règles du droit du commerce international, qui participent de cet ensemble, de manière à valider, ou non, l'idée d'un art juridique de la guerre économique, d'un droit de la guerre économique.

On admettra cependant que le concept (I) et le droit (II) de la guerre économique méritent quelques éléments de présentation.

I. LE CONCEPT DE GUERRE ECONOMIQUE

6. La formule « guerre économique » n'est pas familière du vocabulaire des juristes. Elle trouve son origine aux Etats-Unis, à travers les travaux de la « Rand Corporation » même si, en réalité la « guerre économique », par exemple par le biais d'espionnage économique voire de guerres armées à vocation économique, comme les fameuses « guerres de l'opium » sont bien antérieure et sans doute immémoriales⁹. La « Rand Corporation » est un think tank fondé en 1945 au sein de la société aéronautique Douglas, en 1945, par l'armée américaine, puis détachée de Douglas en 1948 pour se transformer en organisation non gouvernementale, largement financée

⁸ Cass soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316, *Uber*, JCP E, 2020, 1282, note D. Mainguy, M. Depincé et B. Siau, *Revue de droit de la guerre économique*, 2020/1, n°30, obs. D. Mainguy et B. Siau.

⁹ Cf. A. Laidi, *Histoire mondiale de la guerre économique*, Perrin, 2016, *Aux sources de la guerre économique*, Armand Colin, 2012. Adde J.-C. Cousseran et Ph. Hayez, *Nouvelles leçons sur le renseignement*, O. Jacob, 2021.

par le gouvernement américain cependant, dans le but de proposer des réflexions sur des questions de défense mais aussi d'économie. L'un de ses membres fut ainsi l'instigateur d'une théorie de la « guerre de l'information » durant la première guerre du Golfe en 1990-1991¹⁰. Elle est à l'origine de la considération globale de la question de la globalisation, des réseaux et de l'économie numérique (network centric warfare) conçue comme une *technique de guerre économique*.

C'est ainsi que les travaux de Christian Harbulot¹¹ ont, en France, dès les années 1990, critiqué cette logique, visant à dépasser l'image apaisée de la paix offerte par l'économie libérale ou néolibérale dans une logique empruntée aux guerres subversives, de type maoïste notamment, la stratégie dite « du faible au fort », ce qui était alors plutôt original, mais globalement adapté à la situation d'Etats en situation de domination face à l'économie américaine, et aboutissant à la création de l'Ecole de Guerre Economique (EGE), visant à proposer des enseignements de types managériaux, sur fond de guerre psychologique, influence et contre-influence, guerre de l'information¹².

« L'art de la guerre économique »¹³ s'articule ainsi, du point de vue de Christian Harbulot, autour des questions d'intelligence économique, termes subtils qui renvoient à la guerre de l'information, de l'influence, du renseignement et de l'espionnage économiques, c'est-à-dire ce qui relève des secrets d'affaires, la manière de se les procurer, éventuellement de manière illégale, ou de les protéger. Ces stratégies d'influence peuvent être étatiques, comme le démontrent les efforts américains via la question du *soft power*, « gagner les cœurs et les esprits », sous l'action de l'USAID (*US Agency for International Development*) via ensuite la question du *social learning*, dont les ONG sont les efficaces relais, financés par diverses fondations et permettant une influence en profondeur. Aujourd'hui les réseaux sociaux notamment, et la puissance numérique des Etats-Unis jouent un rôle majeur dans l'influence, sur les idées ou les hommes à promouvoir¹⁴.

7. Au-delà, cependant, de la stratégie des Etats puissants ou cherchant à le devenir, les Etats-Unis, la Russie ou la Chine, et les stratégies de long terme qu'ils développent, dans la présentation proposée par Christian Harbulot et l'Ecole de la Guerre Economique, la notion de guerre économique peut également être envisagée à une échelle bien inférieure, celle des relations menées par une entreprise pour établir sa croissance, externe notamment, ou, au contraire, pour se protéger contre les activités de ses concurrents. Dans une logique de marché ouvert, où les investissements étrangers sont facilités, voire encouragés, comme le démontre l'importance des traités internationaux de libre échange ou les traités sur les investissements, multilatéraux ou bilatéraux, les hypothèses de « guerre économique » sont moins saisissables, sinon s'agissant d'opérations portant sur des domaines sensibles. De la même manière, et dans la perspective d'une saisie juridique des batailles d'une guerre économique, les questions de concurrence, de consommation prises dans une dimension globale, de

¹⁰ J. Arquilla, *Dubious Battles, Agression, Défeat, and the International System*, Rand 1992.

¹¹ Ch. Harbulot, *Techniques offensives et guerre économique*, La Bourdonnaye, 2^e éd., 2014, *La machine de guerre économique*, Economica, 1992, *L'art de la guerre économique*, VA éd., 2018.

¹² Cf. J.G. March, « An Introduction to the Theory and Measurement of Influence », *The American Political Science Review*, Vol. 49, n°2, 1955, p. 431, « Measurement Concepts in the Theory of Influence », *The Journal of Politics*, Vol. 19, n°2, 1957, p. 202.

¹³ Ch. Harbulot, , *L'art de la guerre économique*, op. cit.

¹⁴ Sur l'ensemble : Ch. Harbulot, , *L'art de la guerre économique*, op. cit.

protection des secrets d'affaires, de réparation du préjudice économique, l'action disruptive d'entreprises numériques conquérantes, mais encore de corruption, de blanchiment, d'argent, d'évasion fiscale, etc., sont des situations qui constituent autant d'opérations de guerre économique, de la même manière que le traitement contentieux de ces opérations, la capacité par exemple d'un Etat à disposer de tribunaux et de procédures efficaces, de valider, ou non, une conception favorable à l'arbitrage international, etc.

Prises ainsi, et notamment via le prisme juridique et la diversité des disciplines et règles impliquées, le terme « guerre économique » n'est pas adapté, il serait même déplacé. Une entente anticoncurrentielle, un acte de contrefaçon ou de concurrence déloyale, une OPA ne seraient ainsi pas des actes de « guerre économique » mais des actes économiques susceptibles de voir s'ouvrir un contentieux.

On peut cependant admettre que la présentation proposée par Christian Harbulot a le mérite d'élargir la perspective en ce sens que, précisément, ces actes économiques ne sont possibles que parce qu'un contexte, économique, juridique, social, les rend possibles. Si par exemple, la question de savoir les règles du droit de l'Union européenne doivent permettre une économie ouverte ou, au contraire, une forme de protection des intérêts des Etats-membres, via une législation européenne ou la validation de législation nationale, est possible, c'est bien parce que, en amont, des actes économiques sont considérés comme politiquement discutables ou acceptables, et donc qu'une conception de politique économique, dont la guerre n'est qu'un succédané, les rend possibles ou impossibles. Peut-être faudrait-il alors distinguer entre la guerre économique et les batailles économiques pour rendre compte des différences d'échelle entre les deux ensembles, à supposer que l'utilisation de ce vocabulaire guerrier ne soit, au final, inutile. La notion de guerre économique recouvre plusieurs réalités distinctes renvoyant à l'expression de rapports de force *a priori* non militaires. A bien des égards, on aurait pu envisager, pour utiliser le vocabulaire militaire de la guerre, le « terrain », les « opérations » ou les « manœuvres », et les « soldats » de la guerre économique. Le parallèle n'est pas inexact mais demeure très approximatif. Par exemple, les « soldats » de la guerre économique ne peuvent être assimilés à des combattants, organisés selon un schéma tactique et une hiérarchie, de manière à développer une « conduite de la guerre » sur la base d'opérations se déroulant sur divers théâtres. Ces théâtres, précisément, sont souvent diffus, ils correspondent plutôt à des « marchés » sur lesquels s'exercent des opérations tellement diverses, dans leur intensité et dans leur contenu, qu'il est difficile de les envisager comme équivalentes à des opérations militaires dans leur ensemble, quand bien même la ressemblance pourrait, ici ou là, être suggérée. En outre, les acteurs de la guerre économique ne sont pas des « soldats », en tout cas pas tous, si on admet qu'il faut y compter des acteurs aussi divers que les entreprises elles-mêmes, mais encore des intermédiaires, des cabinets d'avocats d'affaires, des juges étatiques ou des arbitres, des procureurs, des administrations, des « agences » plus ou moins indépendantes, des « *authorities* » au sens américain, des lobbyistes, des sociétés de communication, des législateurs, des ONG, des lanceurs d'alerte, etc.

Enfin et surtout, il n'est pas question ici de proposer une description fidèle des figures que peut prendre la guerre économique mais de proposer une présentation des règles du droit de la guerre économique, qui interviennent de manière rapide et diversifiées, à la différence du « droit de la guerre », fait de conventions internationales, de règles internes et de décisions de justice, souvent internationales, mais finalement très rares,

parce que la violence de la guerre est finalement rare, quand bien même cette violence destructrice serait considérée comme encore trop présente, à la différence des événements de « guerre économique » qui sont permanents.

8. Le concept ici utilisé correspond au contraire à un certain nombre de facteurs (A), économiques pour l'essentiel, qui rendent pertinent le concept de guerre économique, qui permettent d'envisager les figures de la guerre économique (B) et ses acteurs (C).

A. LES FACTEURS DE LA GUERRE ECONOMIQUE

9. Les facteurs de la guerre économique correspondent à un certain nombre de circonstances qui rendent possible et pensable l'hypothèse que l'association des formules « guerre » et « économique » n'est pas une simple figure de style.

10. **La guerre économique, substitut ou complément de la guerre armée ?** Le premier facteur première repose sur l'idée, précédemment envisagée selon laquelle les rapports de force entre Etats, ou entre groupes d'Etats, ne s'effectuent plus, principalement, sur le fondement de rapports de force militaires, mais autour d'enjeux économiques et ce depuis, en gros, le tournant des années 1990 (cf. supra, n°).

Tous les Etats modernes de quelque importance ont saisi qu'une force militaire est absolument nécessaire pour au moins deux raisons.

La première de ces raisons est fondamentale et régalienne : être en mesure de défendre un territoire sanctuarisé ou des intérêts nationaux à l'étranger contre toute menace structurée ou diffuse, symétrique ou asymétrique, etc.

C'est d'ailleurs ce qui justifie la plasticité des forces, françaises par exemple, avec des composantes traditionnelles reflétant les éléments d'arme tactique, sur la base de brigades et de régiments, infanterie, cavalerie, génie, artillerie, train, matériel, transmission, etc., pour l'Armée de Terre, mais encore une armée de l'Air (et de l'Espace depuis 2020), une Marine Nationale, etc., utilisés de manière souple c'est-à-dire soit de manière complète, un régiment d'infanterie par exemple, ou par unités organisés en groupes *ad hoc* (GTIA, groupe tactique interarmes), éventuellement internationaux d'ailleurs, mais également des composantes dites de « forces spéciales », en nombre très important, et des armes nucléaires, notamment embarquées dans des sous-marins lanceurs d'engins (SNLE) assurant une patrouille de veille permanente ou des avions performants susceptibles d'effectuer des missions de pénétration en territoire ennemi. Le concept de dissuasion repose principalement sur la possibilité de l'emploi de ces dernières forces, mais aussi sur l'ensemble.

La deuxième de ces raisons est économique : être mesure de fabriquer des systèmes d'armes, dont leurs vecteurs, pour ses propres besoins et les exporter, notamment lorsque l'Etat en question occupe un siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU. En revanche, tous les Etats modernes ont saisi que disposer d'une force armée tournée vers la conquête de territoires est un objectif obsolète. L'Etat qui entreprend de réaliser ce type d'objectif, nationaliste ou pan-nationaliste, subit inéluctablement des sanctions d'intensité variable qui atteignent tout aussi inéluctablement son potentiel économique, censé précipiter un retrait de cet objectif. On peut observer que les exemples iraniens ou nord-coréens permettent de relativiser l'efficacité de ce type de pratiques si l'Etat sanctionné dispose de « parrains » ou de techniques de

contournement des sanctions. Par ailleurs, la conquête « à l'ancienne », à des fins de conquérir des populations, des territoires ou des richesses économiques est devenue vaine. Conquérir la Californie n'aboutirait pas à l'appropriation des GAFA, qui sont des entités minoritairement matérielles et essentiellement informationnelles.

C'est en ce sens que les rapports de force entre Etats ont basculé d'une logique militaire traditionnelle, dont les fondements demeurent cependant d'actualité, vers des enjeux économiques proprement dits, fondés sur des logiques nationales ou régionales visant à développer un potentiel économique, au sens large, c'est-à-dire industriel, technologique, informationnel, etc., notamment mais aussi social, culturel, politique, etc. C'est en ce sens également que les logiques économiques, voire comptables, sont devenues essentielles, et mieux, globales, dans les discours de tout dirigeant ou candidat dirigeant des Etats modernes. L'objectif alors est de disposer des ressources, économiques au sens large, permettant d'offrir à ses concitoyens le meilleur compromis entre les efforts à fournir et le confort en retour¹⁵. On retrouve alors le vocabulaire guerrier ou des approches de celui-ci, avec des « champions nationaux » promus comme tels, l'assistance des règles étatiques pour les établir et les maintenir, y compris pour réaliser des « conquêtes » de marchés nouveaux, via des stratégies diplomatiques dont les enjeux deviennent alors économiques, les ambassadeurs devenant des agents commerciaux efficaces. Le paradoxe contemporain est alors le fait que cette évolution se déroule dans un contexte de « mondialisation » où la fabrication peut être délocalisée, les sources d'approvisionnement éloignées, les champions nationaux pouvant être en réalité des multinationales dont le rattachement à un Etat est essentiellement historique. Les enjeux militaires sous-jacents ne sont pas absents, mais, au-delà des hypothèses d'aventures nationalistes, ils sont corrélés à ces nouveaux enjeux, soit en termes de préservation des sources et routes des flux de marchandises, soit en termes de cybersécurité, soit encore en termes politiques où s'adjoignent les logiques politiques, environnementales, humanitaires, etc., si l'on admet la considération large de la logique « économique » qui sous-tend les rapports de forces économiques.

11. Changement de paradigme des logiques économiques ? Le deuxième facteur repose sur le constat que les fondements théoriques de ces logiques économiques ont changé. Longtemps fondés sur une concurrence pure et parfaite, y compris corrigée par les méthodes de l'ordolibéralisme, d'origine allemande et majoritairement partagée au sein de l'Union européenne, fait d'une concurrence organisée et régulée par les règles aimables du droit de la concurrence, ils sont aujourd'hui dépassés. En effet, les collusions tacites tolérées aux fins d'éviter les confrontations frontales et brutales, les positions dominantes écrasées, le respect de règles antitrusts aux fondements globalement partagés ont été brutalement écartées. Place à la compétition la plus brutale, aux agressions disruptives dont l'objectif est clairement de détruire un ensemble de concurrents pour prendre sa place, sous couvert de termes aimables comme la « promotion de l'innovation » ou « l'économie collaborative », Des initiatives comme Uber, Amazon, Netflix ou Airbnb par exemple sont apparues brusquement en se présentant sous des jours très sympathiques et acceptables avec l'objectif affichés de prendre la place des concurrents qu'ils attaquent frontalement, taxis, salles de cinéma, hôtels ou magasins de libre-service, et ce en

¹⁵ Cf. E. Luttwak, *Le rêve américain en danger*, Paris, Odile Jacob, 1995, P. Lorot, « De la géopolitique à la géoéconomie », *Géoéconomie* n°50, *Les conflits de la mondialisation*, Choiseul, 2009, p.14.

moins de temps qu'il n'en fallait pour même le percevoir, où il fallait autrefois parfois, sinon plusieurs générations, du moins un temps long pour bâtir un empire industriel. Avec les nouvelles technologies, l'accélération du temps économique mais aussi son caractère déterritorialisé, se trouve facilité, paradoxalement encore, un retour à une brutalité économique ancienne. L'hypercompétition, l'hyper-financiarisation d'à peu près tout, de la santé, l'énergie jusqu'à l'éducation, l'agression des systèmes de sécurité, l'espionnage, les formes diverses de concurrence déloyale ou de contrefaçon, la destruction des systèmes sociaux fondés sur les logiques industrielles des « Trente Glorieuses », la confiscation des richesses par un ensemble de « happy few » inconnus ou au contraire starifiés sont devenu des modes ordinaires de management qui révolutionnent les pratiques et défient les régulateurs et les juges, à la fois par leur nouveauté, leur brutalité et l'absence de prise en compte sérieuse et approfondie de ces modifications de comportements. L'hypothèse du « walfare state » ne se présenterait alors plus que comme une éclipse de la constante règle « the winner takes all ».

12. Déclassement du rôle des Etats ? Le troisième facteur est celui de l'inversion du rapport entre l'Etat, et donc sa capacité à faire la guerre, et les intérêts des ressortissants de ces Etats, dont les intérêts économiques. Si, pendant très longtemps, l'économie, l'industrie, les salariés étaient des instruments au service de la conduite de la guerre, jusqu'à la constitution d'« économies de guerre » pendant la première et la seconde guerre mondiale, le rapport de priorité est désormais inversé. Les intérêts économiques, structurés en « groupes », éventuellement multinationaux, tentaculaires, fondent un capitalisme financier qui instituent les choix politiques des Etats et s'insinuent dans toutes les strates des rapports sociaux. L'hyper-individualisme que chacun peut constater, où toute volonté individuelle est considérée comme légitime voire reconnue, n'est jamais qu'une déclinaison d'un libéralisme qui saisit en tous un agent économique, optimisant ses choix et allouant au mieux ses ressources, quelle qu'elles soient. Or, la guerre armée suppose l'adhésion d'une nation à une dimension qui dépasse les individus, qui permette, en un trait de temps de transformer une population en soldats : il est stupéfiant de constater que, en 1914 par exemple, les socialistes (pas encore communistes), dont on pouvait penser qu'ils rechigneraient, suivant l'appel de Jaurès, à se laisser mobiliser, ont adhéré au contraire à l'esprit du temps, se soumettant à un environnement militaire éprouvant et particulièrement cruel. De la même manière en août 1939, la mobilisation générale a connu un succès supérieur à 95%, où l'Etat-major général craignait un taux inférieur à 70 %. Nul ne peut imaginer l'avenir mais on peut craindre que, aujourd'hui, une telle situation ne se solderait pas nécessairement de la même manière : le rapport à l'Etat, à l'autorité, au groupe, les communautarisations croissantes rendent globalement difficiles l'hypothèse impromptue d'une telle situation ce qui, paradoxalement, offre un avantage considérable à l'Etat qui, au contraire aurait conservé une relation plus « traditionnelle » avec ses ressortissant.

Il en résulte alors que les guerres menées par les Etats changent de source : ils supposent l'accord, plus ou moins explicites, de ces intérêts économiques qui, en toutes hypothèses, sont établis par des dirigeants qui sont devenus sinon des émanations, du moins des représentants, des agents, de ces intérêts économiques.

13. Permanence du discours économique ? Un quatrième facteur, plus diffus, et comme conséquence du précédent, tient à la permanence, sinon l'immanence, de ces

enjeux dans tous les compartiments de la vie de nos sociétés. Les créations culturelles, les actions sociales, les initiatives de la société civile, en termes d'environnement, humanitaires, sanitaires, comme l'épisode de la pandémie de la Covid-19 l'a montré, etc., les discours politiques, bref tout ce qui fait la « société », civile, sociale et politique, s'organise autour de ces enjeux, voire sont financés par les tenants de ces enjeux, au niveau national ou international, assurant la cohérence globale et l'impérialisme du discours économique contemporain tenant lieu de philosophie générale.

Qu'on regrette ou qu'en encourage ces facteurs, sans doute rapidement brossés ici, ils permettent de comprendre que les logiques de guerre basculent d'un champ militaire ou armé, vers un champ différent, en termes de revendications sociétales par exemple ou, ce qui nous préoccupe ici, en termes économiques.

B. LES FIGURES DE LA GUERRE ECONOMIQUE

14. On aura saisi que la question la plus difficile à repérer, et sur laquelle repose l'ensemble de la réflexion, repose sur la considération des figures que prend la guerre économique c'est-à-dire ses formes (1) et les opérations qui en résultent (2).

1. Les formes de la guerre économique

a. Guerre des économies

15. La première forme de guerre économique, la plus connue ou la plus triviale, renvoie à l'idée que des « économies », au sens où ces économies seraient étatiques, sont en concurrence et se livrent une « guerre ».

Elle suppose ainsi que ces « économies » soient rattachées à des Etats ou des groupes d'Etats et que, dans cette logique, une « concurrence », plus ou moins hostile, soit livrée et que le résultat soit un jeu à somme nulle, avec des gagnants et des perdants, mesuré en termes de balance commerciale, déficitaire ou excédentaire. Cette « guerre » se présente alors comme une alternative, souvent présentée comme pacifique, à la guerre, la vraie, la guerre armée.

Cette conception renvoie à des logiques de théorie économique classique ou néoclassique. Ainsi, d'un point de vue institutionnel, la lutte contre la guerre économique fut largement utilisée comme argument pour justifier les enjeux d'un « conflit » auquel se livrèrent les principales nations dans les années 30 préfigurant le déclenchement de la seconde guerre mondiale, ce qui supposerait, dans l'esprit américain de l'époque que ce conflit aurait été, au moins au départ, une « guerre économique ». Pour préparer l'après-guerre et un monde différent, Winston Churchill et Franklin D. Roosevelt inclurent une place importante aux questions économiques dans le projet de Charte de l'Atlantique du 14 août 1941 et notamment le principe de l'égalité des nations comme fondement d'un futur droit du commerce international. D'un projet soumis par le Département d'Etat américain en novembre 1945, commencèrent des négociations internationales à Londres au début 1946 sous l'égide du nouveau Conseil économique et social de l'ONU pour se mettre d'accord sur la création d'une « Organisation internationale du commerce » (OIC) avec pour mission de gérer le nouvel ordre commercial international. Le 24 mars 1948, cinquante-trois États signèrent la Charte de La Havane de 1948. Vingt-trois de ces pays dont les États-

Unis, la Grande-Bretagne ou la France décidèrent en 1947 d'appliquer entre eux et à titre provisoire dès le 1^{er} janvier 1948 la « partie IV » de cette Charte de La Havane intitulée « Politique commerciale », devenant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, le GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), appelé à devenir général et permanent, et ce jusqu'en 1995 et la création de la nouvelle Organisation Mondiale du Commerce (OMC). On peut rapidement présenter l'OMC comme l'organe international visant à assurer, de manière multilatérale le « cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres en ce qui concerne les questions liées aux accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes » de l'Accord (Charte OMC, art. 1.1), lequel comprend un « organe de règlement des différends », à la manière d'une Cour internationale de Justice réglant les différends militaires d'autrefois.

b. Guerre économique inter-entreprises

16. A un niveau inférieur, on parle parfois de « guerre économique » pour viser des hypothèses de concurrence entre deux ou plusieurs entreprises sur un marché. C'est particulièrement le cas de marchés oligopolistiques : la guerre des prix entre entreprises de la grande distribution, la guerre des marchés sur le marché de l'aviation de transport ou de défense, tous les moyens seraient bons pour emporter un marché, y compris les pires, ententes anticoncurrentielles, espionnage industriel voire institutionnel, chantage, corruption, etc., jusqu'à ce que des gouvernements décident d'y mettre fin sur le fondement d'une législation et de procédures adaptées.

Cette première conception, assez familière, confond cependant les logiques de la concurrence et un vocabulaire guerrier qui peut être celui des entreprises en question et de leurs dirigeants ou salariés, mais sans avoir aucun rapport avec la notion de « guerre » sauf à considérer les entreprises belligérantes comme se comportant à l'instar d'Etat ou au contraire de guérilleros ou de « seigneurs de guerre ».

Il demeure que cette conception mérite attention car bien des litiges importants entre entreprise mettent en jeu des moyens qui, parfois, dépassent les seules parties à un litige privé, aussi important soit-il.

c. Guerre économique-militaire

17. Une forme de guerre économique peut être aussi considérée comme un objectif de guerre militaire : un Etat vise à capter les richesses d'un autre et engage, faute de pouvoir utiliser d'autres moyens, diplomatiques ou économiques, une opération militaire de conquête, aboutissant à l'appropriation du territoire convoité et, ce faisant ces richesses économiques. C'est une conception brutale qui renvoie plutôt aux logiques du passé militaire et économique. Autrefois, par exemple, des Etats utilisaient la technique du « blocus continental » fut utilisée par napoléon 1^{er} contre l'Angleterre : la rupture de la Paix d'Amiens, conclue en 1802 par l'Empire français au fait de sa gloire, attribuée aux Anglais, aboutit à la bataille de Trafalgar, la cession de la Louisiane en 1803 et une réponse militaire, le Blocus continental, décidé en 1806 et qui dura théoriquement jusqu'en 1814, l'abdication de l'Empereur et son départ à l'île d'Elbe. L'échec patent de l'outil renvoie à l'échec de pratiquement tous les blocus ainsi organisés dans l'histoire. Cette conception renvoie également à des situations de

guerre dans lesquelles le motif économique est premier¹⁶. Le dernier exemple probant de cette conception est l'invasion, en 1990, par l'Iraq du Koweït, avec, en point de mire, les puits de pétrole de la cible, avec les conséquences que l'on sait.

Cette conception est sinon dépassée du moins vouée à l'échec pour au moins deux raisons. En premier, les logiques de blocs, d'alliances ou d'intérêts aboutissent à contrer ce type d'initiative, soit par une action militaire en réponse, comme ce fut le cas de la première guerre d'Iraq de 1991, ou de la « guerre contre le terrorisme » en Iraq et en Syrie, ou à des sanctions économiques, au succès variable. En second, la plupart des richesses susceptibles d'être convoitées, parce qu'elles sont les plus importantes, sont aujourd'hui, immatérielles : ce sont des titres de sociétés, des marques, des ensembles d'informations, des banques de données, des savoir-faire, insaisissables¹⁷. Nous l'avons dit : il serait inutile et vain par exemple pour un Etat de songer à envahir la Californie pour tenter de s'approprier les richesses des sociétés américaines qui y ont leur siège.

18. La notion de « guerre économique », aujourd'hui, peut surtout renvoyer à un certain nombre d'actions, d'Etats ou de groupements d'Etats, engageant des outils, des armes, particuliers. La guerre est en effet traditionnellement considérée comme une relation conflictuelle, le conflit étant préalable à la guerre elle-même, et engagée dans le but de conquérir ou défendre un territoire, des droits ou bien des idées. La Première guerre mondiale, la Seconde guerre mondiale par exemple empruntent, selon les belligérants, plusieurs de ces caractères.

Une guerre pourrait ainsi survenir entre un Etat, ou ses organes, et une entreprise, que ce soit au niveau interne ou international. C'est d'ailleurs le domaine dans lequel la littérature juridique sur la « guerre économique » prospère, notamment dans des litiges intéressant la mise en œuvre des règles du droit de la concurrence, ou des sanctions de faits de corruption ou de contournement de règles internes d'embargo¹⁸. Or, il est évident que les nouveaux enjeux de la mondialisation économique aboutissent à des mises sous tension de relations jusqu'alors isolées d'Etats ou de groupes d'Etats avec des entreprises nationales ou étrangères. Les affaires *Microsoft* dans les années 2000 ou *Google* depuis peu, illustrent par exemple la question de la compatibilité entre les règles du droit européen de la concurrence et les pratiques de sociétés américaines. A l'inverse, et c'est plus souvent sous cet angle que ces questions sont abordées, les procédures lancées par les autorités américaines contre des entreprises européennes leur imposent d'intégrer, en France, les impératifs substantiels et processuels américains et la cohorte de peines, souvent très élevées.

La guerre économique moderne s'est déplacée, disons depuis la fin de la Seconde guerre mondiale vers de purs terrains économiques. Il en résulte que les acteurs d'une guerre économique ne sont pas nécessairement des ennemis sur le terrain militaire. La France, par exemple, commerce avec certains de ses adversaires, comme les Etats-Unis commerçaient avec l'Union soviétique¹⁹. Il en résulte également qu'un Etat en

¹⁶ F. Coulomb, « Pour une nouvelle conceptualisation de la guerre économique », *Guerre et Économie*, in *Référence Géopolitique*, Ellipse, 2003.

¹⁷ Comp. J. Haskel et S. Westlake, *Capitalisme without Capital, The Rise of Intangible Economy*, Princeton University Press, 2018.

¹⁸ Comp. A. Laidi, *Le droit, nouvelle arme de la guerre économique*, Acte sud, 2019, A. Garapon et P. Servan-Schreider (dir.), *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

¹⁹ On connaît d'ailleurs la phrase fameuse attribuée à Lénine : « les capitalistes nous vendront les cordes avec lesquelles nous les pendrons ».

paix, voire en situation d'alliance forte avec d'autres Etats, se trouve en situation de guerre économique avec ces derniers. Une telle guerre économique suppose des stratégies juridiques et économiques conduites par un Etat ou plus exactement par un ensemble complexe dans lequel un Etat et des entreprises conduisent ce type de stratégie, dans l'objectif direct ou indirecte d'opérer l'acquisition d'entreprises nationales. L'exemple récent de l'acquisition de l'entreprise française Alstom illustre cette situation : après des poursuites engagées par un procureur américain sur le fondement d'une loi anticorruption américaine dont Alstom aurait été mêlée, la conduisant à conclure un accord, sans possibilité de recours, l'entreprise est finalement cédée à l'entreprise General Electric, dans une ambiance de scandale politique national²⁰.

d. Lawfare et marché du droit

19. Placée sur le terrain économique, la guerre se présente alors comme une logique radicalement différente tout en empruntant plusieurs de ces caractères. Il s'agit en effet d'engager un certain de moyens, brutaux, en vue d'obtenir un gain particulier, ici purement économique. Le terrain de la guerre économique est alors le « marché » ou plus exactement « un » marché, général ou spécifique, via des armes, ici des armes juridiques, avec des soldats qui sont des juristes. Ce terrain de guerre est observé depuis plusieurs années par plusieurs auteurs autour d'une « géopolitique du droit »²¹ ou d'une véritable « guerre économique »²².

20. Lawfare. Le terme de « Guerre du droit » ou « lawfare » est parfois utilisé. La question de la guerre du droit ou de la guerre des droits, de « guerre pour le droit » ou encore de la guerre des juristes, pourrait sembler exagérée : le terme de « guerre » évoque des empoignades, des batailles, des morts et des blessés, des vainqueurs des et vaincus, etc. La formule « guerre du droit » évoque en outre l'utilisation de forces armées comme illustration d'une « guerre juste ». Une guerre pour le droit, comme ce fut le cas en Afghanistan en 2001 puis en Irak en 2003, en Lybie ou en Syrie tout récemment, et autrefois en Serbie, lorsqu'il s'était agi de bombarder Belgrade en 1999 en dehors de toute forme de légalité internationale²³, ce qui renvoie au problème plus global, et philosophique, de la « guerre juste ». Il ne s'agit pas ici de proposer une présentation de cette question, mais de présenter certains antagonismes, souvent implicites, mais parfaitement présents dans les discours sur le droit, qu'ils soient internes, européens ou internationaux, et que le juriste est finalement une sorte de soldat du droit. Il est une sorte de soldat en ce sens que ces propos sont souvent l'occasion de « combats » : controverses doctrinales ou procès sont des formes de batailles. Il l'est également parce que le juriste n'est pas, ou rarement, le « général en

²⁰ Cf. O. Marleix (Prés.), Rapp. Ass. Nat. Commission d'enquête chargée d'examiner les décisions de l'État en matière de politique industrielle, au regard des fusions d'entreprises intervenues récemment, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STX, ainsi que les moyens susceptibles de protéger nos fleurons industriels nationaux dans un contexte commercial mondialisé, n°897, 2018.

²¹ O. de Maison Rouge, *Droit de l'intelligence économique, – patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Lamy, coll. Axe Droit, 2012, « La géopolitique du droit, l'autre champ de bataille de la guerre économique », 20 mai 2013, portail de l'intelligence économique,

²² A. Laidi, *Le droit, nouvelle arme de la guerre économique*, op. cit..

²³ Comp. E. Thiers « La « guerre du droit » : forme moderne de la guerre juste ? » *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle* 1/2005, p. 5-8.

chef » de ces combats. Cette militarisation du vocabulaire, souvent utilisée dans la grande presse²⁴ est abusive en ce qu'elle laisserait penser que la question que la guerre du droit ne serait qu'une inversion des mots du droit de la guerre. Ce n'est pas tout à fait inexact, le droit des conflits armés, le droit international humanitaire, par leur expansion, militarisent un certain nombre de questions juridiques, globalement autour des limites aux interdits posés par leurs règles. On est cependant très loin de la réalité du « lawfare », ou de la guerre du droit.

21. Dans la doctrine américaine²⁵, le concept de « guerre du droit » a été d'abord invoqué, en matière interne, pour dénoncer une tendance « transnationale » visant à imposer des normes internationales, issues de conventions internationales ou de décisions des juges internationaux, supérieures à la Constitution américaine. Or ces conventions (l'exemple à la base de cette controverse est le refus par le sénat américain de ratifier en 2012 une convention adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies sur les droits des personnes handicapées de 2006) ou ces normes internationales auraient vocation à s'imposer aux normes constitutionnelles internes alors même qu'elles ne seraient pas adoptées de manière démocratique, y compris lorsqu'il s'agit de normes jurisprudentielles qui ne sont pas issues de convention adoptées ou ratifiées. La critique ressemble, et intègre d'ailleurs, la critique « souverainiste » anti-européenne, au motif que les règles du droit de l'Union européenne seraient de source administrative, alors que les tribunaux nationaux, en validant les décisions des cours européennes, CJUE ou CEDH, agiraient au détriment des parlements nationaux. Ce débat n'est pas très éloigné de celui qui, dans la doctrine française par exemple, dénie aux juges, quels qu'ils soient, la faculté de créer des normes juridiques contredisant les lois votées par le parlement. Ce débat, qui est pour l'essentiel une question de science politique, ne sera abordé que dans la mesure où il intéresse les questions de droit ou de théorie du droit ou relative au discours des juristes.

22. **Marché et guerre du droit.** Dans une autre dimension, la guerre du droit ou la guerre *des droits* est devenue un concept très pertinent de *soft power*, visant à imposer « son » droit, à des Etats tiers, c'est-à-dire, ses concepts juridiques, ses procédures, ses méthodes de raisonnement, etc. La guerre du droit n'est en effet, dans cet ouvrage, par l'un ensemble de débats, légers ou graves, souvent irréductibles entre les juristes, sur le droit, le droit à faire, une question relative à la place des juristes et ce faisant, sur leur rôle. Elle est au contraire, le moyen par lequel un droit, c'est-à-dire un système juridique, subit, ou y adhère volontairement ou sous une contrainte quelconque, tout ou partie d'un système juridique autre que le sien, ce qui est une décision d'une importance considérable. Décider par exemple que le droit français des contrats sera la reproduction, par une loi, du droit américain des contrats supposerait un travail considérable, en raison de l'importance culturelle d'un droit, le droit français par exemple. Il supposerait surtout une action, offensive, des pouvoirs publics américains pour promouvoir leur droit et l'imposer aux autres Etats, ce qui aurait pour objectif de favoriser leurs entreprises ou leurs juristes voire de soumettre les Etats tiers à cet objectif. Les cas des règles en matière de corruption, depuis 1997 (cf. infra n°), mais aussi comptables, financières, de droit des sociétés, etc., font d'excellents

²⁴ Comp. «N. Barotte, “Lawfare”, Le droit de la guerre et la guerre du droit”, Le Figaro, 28 févr. 2021.

²⁵ Cf. J. Kyl, D.J. Feith, J. Fonte, « The War of Law, how New International Law Undermines Democratic sovereignty », Foreign Affairs, juill.-août 2013.

exemples de ce que peut recouvrir une telle « guerre du droit ». Ces logiques de guerre, guerre économique ou guerre du droit, est cependant déconnectée des logiques de la guerre militaire. Elle ne l'est pas toujours d'ailleurs. Le droit romain a sans été au moins aussi efficace que les légions romaines pour asseoir l'autorité de Rome dans les territoires conquis, les colonies romaines. Le Code civil fut ainsi la meilleure arme de conquête de l'Empire français des guerres napoléoniennes (cf, infra,), comme le droit américain est une partie de l'intendance qui assiste les interventions américaines. Rien de culpabilisant donc, ou de dénonciateur d'un complot ou d'une malversation quelconque : la guerre du droit est, comme la guerre, une manière historiquement irréductible d'imposer une puissance culturelle, militaire, économique, etc.

Il existe ainsi un « marché du droit », formule dans laquelle le « droit » serait un produit d'exportation ou d'importation²⁶, autour des deux principaux modèles existant, le modèle de *Common Law* et de droit civil, ou de droit continental. Un certain nombre d'exemples, en droit des sociétés, des procédures collectives, des contrats, de la concurrence, des personnes même, etc., illustrent des différences d'approche majeures, d'un point de vue substantiel ou processuel, mais aussi au regard des finalités de ces droits, soit plutôt favorables aux créanciers, ou au contraire aux débiteurs, plutôt libéraux ou plutôt protectionnistes de la « partie faible » dans une situation juridique, différences mesurées par exemple par le rapport annuel *Doing business* rédigé par la banque mondiale sur des thèmes distincts, à la manière des différentes agences de notation d'institution variées, des économies étatiques aux universités, renvoyant d'ailleurs, en général, les systèmes continentaux au bas des classements²⁷.

Le droit, c'est-à-dire un système juridique, est ainsi l'objet non plus d'une analyse morale, posées en termes de justice, mais d'une analyse économique, posée en termes d'attractivité ou d'efficacité (le terme anglais « efficiency » serait plus approprié), le mouvement *Law and Economics* encore que celui-ci envisage, à la suite des travaux célèbres de Ronald Coase *The Problem of Social Cost*²⁸, davantage une méthode de compréhension des contraintes intrinsèques, dont le droit, à un marché donné que de faire du droit un objet d'étude économique systématique. Autre est le cas de l'*Economic Analysis of Law*, provenant également de Chicago qui, sous l'autorité pionnière de Richard Posner²⁹, vise explicitement à proposer « un cadre économique unifié pour tous les comportements impliquant des ressources rares, hors-marché ou de marché, non monétaire ou monétaire, impliquant des petits groupes ou concurrentiels » donc à proposer une critique économique de l'efficacité de règles juridiques, impliquant des propositions en vue de règles juridiques dont le seul objectif

²⁶ A. Ogus, « Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law », *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, 405-418; S. Harnay et J.-S. Bergé, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », CEJEC-WP 2011/1, p. 4 et 5.

²⁷ Comp. Ass. H. Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question : À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006, A. Raynouard et A.-J. Kerhuel, « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.* 2010, p. 2928 Adde : J. du Bois de Gaudusson et F. Ferrand, *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon du 20 octobre 2006, PUAM, 2008.

²⁸ R. H. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, n°3, p. 1, « The Nature of the Firm : Influence », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1988, n°4, pp. 33.

²⁹ R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1973, 6ème éd., New York, Aspen Law and Business. Adde E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2^{ème} éd., 2008. Comp. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « droit et économie », 2005.

serait l'efficacité, alors assimilée à la justice. La question du remplacement du standard du « bon père de famille », sous couvert de démasculinisation du droit civil, par celui de « l'homme raisonnable », est ainsi un défaite de la conception française, mêlant conception morale et économique de la diligence, au profit de la conception anglo-américaine, purement économique³⁰.

23. Enchérissement des litiges, procédures baillon. Un dernier élément, souvent considéré comme procédant du « lawfare » dans la presse généraliste, repose sur des procédures « abusives », faites dans d'autre but que d'empêcher qu'un débat, ou un litige se déroule. Ce peut être l'action, ici sans intérêt, d'un particulier procédurier, multipliant les actions contre ses voisins, voire contre l'Etat, un acteur « quérulent », au sens où cette question est saisie en droit québécois par exemple³¹.

Ce peut être de manière plus ambitieuse, des stratégies visant à rendre pratiquement impossible le déclenchement de tout litige, comme le fait, dans un contrat international de consommation, d'insérer une clause compromissoire associée à un siège lointain de l'arbitrage et un droit applicable inaccessible pour le consommateur, qu'on trouve dans pratiquement toutes les conditions de vente ou d'utilisation des grandes firmes du numérique.

De manière un peu moins rageuse l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat, voire dans des contrats multipliés, peut être un moyen très efficace de dissuader un cocontractant d'engager un litige, en raison du coût qui lui est associé.

Plus discrètes sont les « procédures bâillons », notamment révélées par un rapport de la Commission présidée par Denis Mazeaud³², à la suite de plusieurs affaires que ce rapport décrit, dont une ayant fait un peu de bruit³³, contre des universitaires, notamment, visant à les empêcher de critiquer telle action d'une entreprise, y compris à l'occasion de l'exercice de leur activité universitaire, contre le principe de la liberté d'expression, ou des libertés universitaires.

e. Souveraineté juridique, économique et technologique

24. Un dernier facteur, moins juridique, participe de l'ampleur de la guerre économique, la question du patriotisme économique, un temps figurée par Arnaud Montebourg, ministre du redressement économique puis de l'Economie, c'est-à-dire de la question de la souveraineté, prise dans le champ économique et technologique, voire une souveraineté juridique. Un certain nombre de tribunes considèrent que cette souveraineté a été perdue voire confisquée, d'une part par l'Union européenne et d'autre part par les Etats-Unis, du fait des lois extraterritoriales qu'ils « imposent ».

³⁰ Comp. A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. du Seuil, 2005.

³¹ Cf. S. Guilemard, « Les poursuites-bâillons et la quérulence : deux phénomènes encadrés par le Code de procédure civile du Québec », D. 2015, p. 2389.

³² D. Mazeaud (prés.), C. Broyelle, E. Filiberti, V. Malabat et Y. Surel, *Rapport sur les procédures bâillons*, MENESR, avr. 2017: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000354.pdf>. Adde. D. Mazeaud, « Pour qu'ils ne se taisent pas », JCP G, 2018, 166, C. Jamin, « La doctrine bâillonnée », D. 2017, p. 401, C. Fleuriot, « Des propositions pour que la doctrine ne soit pas bâillonnée », Dalloz actu, 2 mai 2017. Comp. R. MacDonald et alii, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique - les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Rapport du Comité au Ministre de la Justice, Montréal, 2007.

³³ Paris, 28 sept. 2017, n°17/00854, D. 2017, p. 2458, note R. Libchaber,

Une telle conception, triviale, est finalement peu souverainiste : l'adhésion à l'Union européenne est un acte, volontaire, de souveraineté, tout comme le fait de la quitter d'ailleurs, et les Etats-Unis « n'imposent » l'application de leurs règles que pour autant qu'on l'accepte sans réagir³⁴.

Or cette absence de réaction est, très clairement, un abandon d'une capacité de réaction, donc de souveraineté juridique, des propositions, par exemple à travers le « Rapport Gauvain » de 2019, proposant notamment un renforcement des lois de blocage » ou de la protection des juristes d'entreprise.

Les réactions, nationales ou régionales, précisément, supposent d'identifier les éléments de souveraineté juridique existant, dans une logique du faible au fort, dans les conditions posées par le Rapport Gauvain par exemple³⁵, mais plus globalement dans une prise de conscience des exigences ou des conditions de la restauration d'une souveraineté juridique possible. La loi « Sapin 2 » de 2016 et surtout sa mise en œuvre, par exemple dans la CJIP Airbus de janvier 2020 est d'ailleurs la démonstration qu'une réaction peut aboutir à limiter l'application extraterritoriale de ces règles³⁶. D'autres encore comme l'observation de l'efficacité réelle des règles français des règles du droit français des investissements étrangers (CMP, art. L. 151-1 et s., R. 151- 1 et s.), mais surtout la question des moyens existants permettant aux différents acteurs, magistrats, parquet services de police dédiés, de renseignement, etc., ou encore de la formation des décideurs, au-delà des juristes à ces questions.

2. Les opérations de la guerre économique

25. Les opérations de la guerre économique sont extrêmement variées et peuvent être identifiées selon les acteurs de celles-ci (a) ou en fonction des objectifs poursuivis (b), ici sans évoquer encore leur saisie ou leur traitement par des règles juridiques.

a. Les opérations publiques et les opérations privées de la guerre économique

26. Si on retient que la « guerre économique » est, d'abord, une affaire étatique, un complément de la diplomatie et un substitut de la guerre armée, alors on conviendra qu'il est logique qu'elle soit conduite par des acteurs publics.

Ainsi en est-il des mesures législatives, nationales, régionales ou internationales de guerre économique avec, au premier chef les sanctions économiques décidées par un Etat ou un groupe d'Etat, en réponse à une violation de l'Etat du droit international par la cible de ces sanctions. C'est le cas des sanctions économiques décidées en commun par l'ONU, l'OCDE, l'UE, s'agissant des principales sanctions économiques internationales, ou par un Etat, les Etats-Unis en tête, qui sont les champions des sanctions économiques, sous forme d'embargo ou de sanction fiscales.

³⁴ Comp. M. Cabirol, « Washington a organisé un pillage des données des entreprises françaises », La Tribune, 13 janv. 2020.

³⁵ R. Gauvain (dir.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger les entreprises françaises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapp. Ass. Nat., 26 juin 2019.

³⁶ CJIP Airbus, 29 janv. 2020, Rev. Droit de la guerre économique, 2020/1, n°16 obs. E. Plane et D. Mainguy. Adde : G. Daïeff, « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévélation des faits levés », Gaz. Pal. 24 mars 2020, n° 376p2, p. 24, R. Family, « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal... », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, févr. 2020, p. 1 ; A. Kirry, A. Bisch et A. Fleuriot, « Convention judiciaire d'intérêt public : lignes directrices PNF/AFA. Quel encouragement à l'auto-dénonciation ? » JCP E 2020, 1184.

Il en est également ainsi des mesures judiciaires conduites par un Etat, par exemple en matière de sanction de la corruption, du blanchiment d'argent, de fraude fiscale ou autres fraudes, ou de contournement d'embargos. C'est précisément à cet égard que la question de l'extraterritorialité des lois internes se présente, notamment s'agissant des lois répressives américaines qui ont constitué le gros de la question, sur un plan médiatique à tout le moins depuis une vingtaine d'années. Or, derrière les aspects purement factuels, se nichent des règles juridiques, existantes ou qui pourraient ou devraient exister, souvent de nature processuelle, et les juristes mesurent ce que ces règles ont de précis, méticuleux, voire agaçant pour les non-juristes, alors qu'elles sont la clé de l'accès, ou du rejet, juridiques de réalités factuelles. Les juristes connaissent ces formules. Il ne sert à rien de disposer d'un droit, si on ne peut pas le prouver. Et un tel droit n'existe réellement que si un juge est susceptible de le recevoir et de le sanctionner, ce qui suppose, et c'est un troisième obstacle à la réalité des droits, que le titulaire de ce droit dispose de la culture, et des moyens, nécessaires pour le faire valoir en justice, face à des opposants qui, par hypothèse, ne lui faciliteront pas la tâche.

Etatique également l'action d'un certains nombres d'institutions étatiques, au premier chef, les différents services de renseignement ou de cybersécurité, voire de cyberguerre, visant à parer des attaques, des incursions, des situations d'espionnage industriel, disait-on autrefois, « d'intelligence économique » aujourd'hui ou, au contraire pour mener de telles opérations, de manière discrète ou ostensible.

Etatique encore, l'action visant à financer, encourager ou freiner des acteurs privés, associations, entreprises, acteurs particuliers dans des opérations visant à favoriser, de manière plus ou moins directe, des actions d'influence, contre ou au contraire en faveur des intérêts de l'Etat.

27. Il demeure toutefois qu'un certain nombre d'opérations sont conduites par des acteurs privés, sous forme d'OPA, de « guerres de l'information », ou plus exactement de désinformation, de formes de concurrence déloyale, parasitisme, contrefaçon qui, toutes convergent autour de la question de la protection de valeurs réservées par un secret, les secrets industriels, commerciaux ou d'affaires notamment.

Il peut alors s'agir d'opérations conduites entre entreprises, de manière classique, dont la révélation s'effectue essentiellement lorsque le contentieux émerge devant les juges ou des arbitres, et qu'il est impossible ici de recenser, de nature contractuelle sociétaire, financière, bancaire, fiscale, pénale, concurrentielle, consumériste, environnementale, éthique, etc., mais encore par des associations, sous la forme de boycott, ou encore de personnes privées, sous la forme de lancements d'alertes plus ou moins légitimes et isolées.

b. Les opérations offensives et les opérations défensives

28. L'essentiel des distinctions repose cependant, essentiellement, sur l'appréciation du caractère offensif (i) ou défensif (ii) des opérations en question.

i. Les opérations offensives

29. Ces « opérations » peuvent être le fait d'opérateurs privés. Elles sont alors innombrables : acquisitions de biens divers par un opérateur, par exemple étranger,

donnant lieu à un droit complexe, le « droit des investissements étrangers »³⁷, ou des actions plus diffuse, comme des actions de boycott, etc., mais encore des opérations moins directement offensives, comme le développement des activités numériques, éventuellement disruptives, comme le développement rapide et considérables des géants du numériques.

Ce sont surtout, cependant, les opérations offensives menées par des Etats ou des émanations d'Etats qui posent le plus de difficultés.

Le premier ensemble d'opération rejoint la conception de la guerre économique de Christian Hardulot³⁸ : un ensemble d'actions menées pour favoriser le développement des entreprises américaines ou chinoises par exemple, dont la promotion d'un libéralisme ouvert, quand bien même cette promotion serait bien moins aisée sur leur territoire. Le deuxième ensemble repose sur une technique juridique par ce qu'on appelle les normes extraterritoriales³⁹ qui se définissent comme des normes juridiques qui saisit des actes ou des comportements extérieurs au territoire national, et donc au-delà du territoire d'application de cette norme, à des situations juridiques ou des personnes étrangères et/ou localisés à l'étranger.

Certaines de ces mesures normatives sont ouvertement extraterritoriales, d'autres le sont par l'application qu'en font les autorités nationales, d'autres encore le sont de manière plus indirecte, par exemple à travers des conceptions nationales d'une situation internationale, comme la conception interne de l'ordre public international ou la détermination de lois de police.

Les plus remarquables sont les premières, dont les normes extraterritoriales américaines. C'est le cas des mesures de sanctions économiques imposées à un pays ou des ressortissants d'un pays, comme des gels d'avoir ou des embargos. La question n'est pas nouvelle mais elle s'est installée dans le paysage juridique dans les années 1970 aux Etats-Unis, à l'occasion du gel des avoirs iraniens décidé par un *Executive order* du 14 novembre 1979 par le président Carter, qui présentait un caractère extraterritorial dans la mesure où ces avoirs étaient concernés y compris lorsqu'ils étaient détenus par des filiales étrangères de banques américaines⁴⁰. S'en est suivie les lois dites « Helms-Burton », *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* et « d'Amato-Kennedy », *Irian and Libian Sanctions Act*⁴¹ qui avaient instauré un embargo contre Cuba, l'Iran et la Libye, à l'endroit des autres américaines, mais

³⁷ Cf. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, coll. « Domat », 3^{ème} éd. 2019, sp. n°243 s., M. Audit et J. Cazala, « Droit des investissements internationaux, présentation et sources », J.-Class. Dr. Intern. n°572-50.

³⁸ Ch. Harbulot, *l'art de la guerre économique*, op. cit., Adde A. Laidi, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique*, Acte Sud, 2019.

³⁹ Cf. J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », JDI 1985, p. 327, L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », JCP G 2015, 1112, M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon-Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », JCP G 2015, 37, F. Martucci « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », Cah. dr. entr. 2018, n°4, P. Selvin, « L'application extraterritoriale des lois antitrusts américaines », D. aff. 1997, p. 1314., P. Athanasiou, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines. Une vue d'ensemble », RD banc. et fin. 2014, n°16, p. 11 ; n° sp. RD banc. et fin. 2015, n°6.

⁴⁰ Cf. Ch. Gavalda, « L'efficacité juridique en France de l'*executive order* du Président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens », Gaz. Pal. 18 déc. 1979, p. 645, F. Gianviti, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis », Rev. crit. DIP 1980, p. 279.

⁴¹ M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commerce et d'investir dans certains pays », AFDI 1996, p. 33.

également d'entreprises non-américaines via une agence particulière, l'OFAC (*Office of Assets Control*) et dont a fait les frais BNPParibas en 2014⁴². C'est encore le cas, plus récemment du « Cloud Act » sur l'utilisation des données personnelles, y compris voire surtout, obtenues à l'étranger qui entre en conflit avec les règles du RGPD par exemple.

Les lois anti-corruption américaines issues du FCPA (*Federal Corrupt Practices Act*) adoptées en 1977 sont extraterritoriales, moins par leur objectif ou leur contenu, que par l'application, issues d'une interprétation très volontariste des autorités de poursuite américaines, conduite sous la présidence Clinton principalement, par une forme d'intimidation à l'encontre d'entreprises étrangères, les contraignant à conclure un *Deferred Prosecution Agreement*, c'est-à-dire un accord transactionnel prévoyant une amende, contre le risque d'un procès long, coûteux et risqué et une interdiction d'effectuer toute opération sur le territoire américain⁴³.

ii. Les opérations défensives

30. Les opérations défensives passent en premier par des tentatives visant à limiter les effets de ces lois extraterritoriales, ou leur application, particulièrement difficile, eu égard aux enjeux économiques qui y sont attachées.

Elle peut s'effectuer de manière raisonnable, notamment pour des normes juridiques dont le caractère extraterritorial peut sembler assez logique. C'est le cas, par exemple, des règles du droit de la concurrence. D'ordre public, bien entendu, ces règles sont surtout considérées comme des lois de police, en ce que les règles de conflits de lois qui pourrait faire échec à l'application du droit interne ou européen de la concurrence sont limitées par la reconnaissance de ce caractère, et ont donc vocation à s'appliquer à des entreprises non localisées sur le territoire de l'Union européenne lorsque leurs pratiques ont des effets sur ce territoire. Par hypothèse, les règles de droit de la concurrence autres, américaines par exemple, présentent les mêmes caractères, de sorte que le conflit peut se présenter comme un conflit de lois de police, traité par un « principe de courtoisie », relevant du droit international public et faisant primer l'autorité saisie en premier.

Elle peut s'effectuer de manière plus unilatérale, en véritable défense des intérêts de ses nationaux, en vue de faire échec à l'effet de l'application de ces normes étrangères. Ces mesures, dites lois « de blocage »⁴⁴ visent à faire échec à cette application de manière diverse. La loi française du 26 juillet 1968, modifiée en 1980, interdit par exemple à toute personne française ou résidant français de « communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, 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 (...) » sous peine d'un emprisonnement de six mois et

⁴² Cf. L. d'Avout, *Obs. in D.* 2017, p. 1967.

⁴³ Cf. A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Puf, 2013.

⁴⁴ Cf. n° sp. « Les lois de blocages », *DPCI* 1986, p. 513, M. Nevot, « La communication de renseignements économiques à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 423, L. Cohen-Tanugi, « Les juridictions françaises face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », *Rev. crit. DIP* 1983, p. 220.

d'une amende de 180000 euros, le tout ayant pour objectif de faire échec, en principe, aux « enquêtes internes » imposées par les autorités américaines à des entreprises françaises via un cabinet d'avocat ou les procédures de *discovery*.

De même, l'Union européenne a adopté le Règlement n° 2271/96 du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant présente un dispositif voisin, et d'ailleurs, largement aussi inefficace, et dont la réforme est actuellement projetée.

31. Par ailleurs des opérations défensives plus radicales peuvent être élaborées par la protection des entreprises nationales contre les investissements étrangers. La promotion des traités bilatéraux d'investissement rend bien moins efficaces, voire impossibles, ces opérations de défense, dans la mesure où les investisseurs étrangers sont, du fait même de ces traités, protégés contre les initiatives, équivalentes à des expropriations, des Etats qui chercheraient à contrecarrer les ambitions de ces investisseurs. Le maillage de traités bilatéraux d'investissement aboutit alors à modifier le profit de l'investisseur. La critique de la méthode arbitrale de traitement des différends investisseurs-Etats est, de ce point de vue, peu opérante : les arbitres sont choisis par les parties et on ne voit guère pour quelles raisons les Etats seraient *a priori* mieux traités par une juridiction étatique ou interétatique, comme cela se dessine à propos du traitement des contentieux issus du traité de libre-échange CETA conclu entre le Canada et l'Union européenne. Le mécanisme même de ces traités, qui tend à figer la législation d'un Etat de manière à ce que les « attentes légitimes » des investisseurs, c'est-à-dire un retour sur investissement ne soient pas contrecarrés par un traitement discriminatoire ou la législation future de ces Etat qui pourrait alors dégénérer en une forme équivalente à une expropriation⁴⁵, fait de l'investisseur un rentier banal, bien loin de l'image de « capitaine d'industrie » intrépide menant ses opérations en prenant des risques dont son enrichissement serait la contrepartie, en laissant plus à l'Etat partie à ces traités qu'une marge de manœuvre très étroite, essentiellement pour protéger des intérêts économiques essentiels. Le droit français des investissements étrangers est ainsi ramené aux articles L. 151-1 à 153-6 du Code monétaires et financier sous le titre « des relations financières avec l'étranger ». Le premier pose le principe de la liberté des relations financières avec l'étranger⁴⁶, de telle manière que les règles suivantes constituent autant d'exceptions, en vue de la protection, visant à « assurer la défense des intérêts nationaux », c'est-à-dire de secteurs dits « stratégiques », comme ceux de la monnaie, des avoirs financiers, des opérations sur l'or, mais aussi la constitution et la liquidation des investissements étrangers en France (CMF, art. L. 151-2, 1), mais encore des « activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale » ou des « activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives » (CMF, art. L. 151-3), sauf à obtenir une autorisation ou une déclaration préalables. La protection des secteurs stratégiques est ainsi réalisée par voie d'un régime d'autorisation préalable dont le

⁴⁵ Sur l'ensemble cf. infra, n° .

⁴⁶ La distinction entre les « investissements étrangers en provenance de pays tiers » ou « en provenance des Etats membres de l'Union Européenne qui était posée par les articles R. 153-3 et suivants du Code monétaire et financier a été supprimée en 2019, soumettant l'ensemble des investisseurs étrangers, quelle que soit leur provenance, à un même régime.

régime, fixé par décret, est déterminés aux articles R. 151-1 et suivant du Code monétaire et financier⁴⁷. D'autres systèmes juridiques proposent des mécanismes de protection autrement plus redoutables, en Chine par exemple, imposant des structures partagées par des investisseurs chinois.

C. LES ACTEURS DE LA GUERRE ECONOMIQUE

32. La détermination des acteurs de la guerre économique dépend du point de vue adopté pour l'appréciation de la notion de guerre économique. Ainsi, l'approche globale ici proposée englobe un nombre importants d'acteurs dont les plus importants sont les Etats. Par leur action, offensive ou défensive, normative et judiciaire, protectionniste ou libérale, ils jouent un rôle considérable, surtout si on élargit le rôle de l'Etat à des agences qui seraient, ou non, dotées de capacité d'actions économiques, dont les services de sécurité, civils ou militaires. Le fait la CIA, par exemple, du fait de la chute du mur de Berlin, aient redéployé ses effectifs au profit du renseignement économique et des actions d'influence et de contre-influence est connu, comme c'est le cas d'autres agences ou émanations d'Etats, plus ou moins discrètes, par exemple sur le terrain de cybercriminalité.

33. Au-delà des Etats, mais avec parfois l'assentiment, le consentement voire l'encouragement des Etats, les entreprise, bien entendu sont les acteurs au « front » de la guerre économique, dont leurs dirigeants et salariés. DE nombreux exemples peuvent illustrer cette situation. L'acquisition de la branche « énergie » d'Alstom par General Electric, qui n'en était pas à son coup d'essai, a été permise en premier parce que la seconde disposait des fonds nécessaires, mais surtout parce qu'Alstom a été préalablement contrainte de payer une amende fondée sur des accusations de soupçon de corruption en Indonésie, sur une base discutable d'ailleurs qui met en lumière la question de l'extraterritorialité des normes américaine anticorruption, et avec des moyens de pression très critiquables notamment sur des salariés d'Alstom dont l'un qui a dû supporter deux ans de prison dans des conditions particulièrement dures⁴⁸.

34. Les « juristes », avocats, juges, juristes d'entreprise, arbitres, lobbyistes, etc., constituant ce que l'on peut résumer par les juristes d'affaires, sont également des acteurs de première importance, peut-être insuffisamment soupçonnée en France, du moins jusqu'à peu, dans la mesure où ils ont la charge de mettre en œuvre l'ensemble des opérations, les stratégies juridiques offensives ou défensives, l'organisation et la solution des contentieux, etc. La culture juridique des contentieux internationaux, principalement anglo-américaine, n'est d'ailleurs pas nécessairement corrélée à la puissance économique des Etats-Unis, mais bien plus à une culture juridique particulière, bien moins réelle en France par exemple.

35. Il convient d'ajouter de très nombreux autres acteurs, les organisations non gouvernementales, les lanceurs d'alertes, des associations, autofinancées ou financées par des fondations poursuivant des objectifs de long terme, etc.

⁴⁷ Sur l'ensemble c'est infra, n° .

⁴⁸ Cf. infra n° et F. Pierucci, avec M. Aron, *Le piège américain, L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation témoigne*, J.C lattès, 2019.

II. LE DROIT DE LA GUERRE ECONOMIQUE

36. La formule « droit de la guerre économique » n'est pas reconnue dans le vocabulaire et la doctrine juridiques européens ou français⁴⁹. Elle s'inscrit dans les logiques du « droit du contentieux économique », lequel, lorsqu'il est ainsi présenté, s'exprime essentiellement sur le terrain des règles privées internes⁵⁰ ou dans le contexte du droit public économique, interne ou international⁵¹ et plus spécifiquement, s'agissant de ses aspects de droit privé, comme un ensemble d'éléments de droit des affaires, de droit économique ou de droit du commerce international. L'objectif, ici, n'est pas d'envisager une théorie du droit de la guerre économique, se substituant à un ensemble de règles intéressant le droit du contentieux économique, privé, public, interne ou international, dans la mesure où ces travaux existent largement, mais d'envisager les règles d'un droit de la guerre économique du point de vue des opérateurs privés, qu'elle soit conduite par un autre opérateur privé et/ou par un organe étatique *étranger*, c'est-à-dire de présenter la situation des ces entreprises placées dans un conflit mené avec des moyens extraordinaires, ceux d'un Etat, même si d'autres situations plus ordinaires pourront être envisagées, internes par exemple, ne serait-ce que pour présenter quelques situations méritant améliorations ou réflexions, comme la question française de l'action de groupe, cuisant échec, ou des « procédures baillons » par exemple.

37. C'est d'ailleurs le paradoxe de la mondialisation⁵² que d'éprouver, sur le terrain économique, les nerfs des dirigeants de pays amis et ce, à travers des outils juridiques discrets, mais efficaces, dont le plus connues, et le plus éprouvant, est le mécanisme de l'extraterritorialité d'un droit national. Si chaque pays dispose, comme conséquence de l'expression de sa souveraineté juridique, de la possibilité de disposer de son propre droit sous la réserve d'accords internationaux réglant les conflits de lois ou unifiant, sur des points particuliers, les droits des Etats qui les signent et les ratifient, il en résulte que chaque droit interne entre en concurrence avec le droit interne des autres Etats avec lequel ses ressortissants sont en relation. Cette situation est le fondement ordinaire des règles du droit international privé, ou public, sur le fondement traditionnel, wesphalien, de la souveraineté et de la hiérarchie des normes.

Un droit, ou un mécanisme juridique, présente cependant un caractère extraterritorial lorsque le droit interne d'un Etat présente des effets sur le territoire ou les actions d'un autre Etat, *contre* les intérêts de ces acteurs. L'exemple le plus connu est celui du droit américain anti-corruption ou de fixation d'embargos économique, permettant à diverses institutions des Etats-Unis de sanctionner les actions d'un opérateur d'un autre Etat qui contreviendraient aux règles des Etats-Unis. Par exemple, en 2012, la société BNP Paribas a dû payer une amende de dix milliards de dollars pour avoir effectué des opérations avec des pays sous embargo commercial américain, pour pouvoir continuer à effectuer des opérations sur le territoire des Etats-Unis (cf. infra

⁴⁹ Comp. A. Laidi, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique*, op. cit. qui fait un compte rendu exhaustif et critique de l'usage des techniques d'extraterritorialité du droit américain.

⁵⁰ E. Putman, *Contentieux économique*, Puf, 1992.

⁵¹ Cf. H. Ascensio, *Droit internationale économique*, Puf, 2018.

⁵² Comp. D. Rodrik, *The Globalization Paradox – Democracy and the Future of the World Economy*, W.W. Norton & Co, 2011.

). Le résultat aboutit à interdire à cet opérateur d'effectuer des opérations, valides et légales, en vertu du droit français ou du droit du pays dans lequel ces opérations s'effectuent, sous peine de se voir interdire l'accès au marché américain et du paiement de très lourdes amendes. Les débats et réactions, en France ou ailleurs, que ces opérations américaines ont engendrées sont placées sous le coup de l'émotion, dont la moindre des réactions consiste à les considérer comme scandaleuses, unilatérales voire constitutives de véritables hold-up contre de riches entreprises non américaines, avec parfois, en point de mire, leur acquisition par des entreprises américaines, comme ce fut le cas d'Alstom Energie ou de Tecnip.

Le débat peut être plus nuancé et ce pour au moins trois raisons.

38. La première tient au fait que l'arme de l'extraterritorialité n'est pas réservée aux institutions juridiques américaines : il s'agit d'un effet de règles internes connues dans pratiquement tous les droits, y compris français. L'exemple des lois de police ou de la conception française de l'ordre public international est un exemple probant de règles à vocation ou à effet extraterritorial. De la même manière le droit européen de la concurrence produit des effets extraterritoriaux majeurs, par la théorie dite de l'effet, qui permet aux autorités européennes de concurrence de saisir et éventuellement sanctionner des pratiques supposées anticoncurrentielles réalisées par des entreprises situées hors du territoire de l'Union européenne mais ayant un effet sur ce territoire : les exemples récents des sanctions contre des géants de l'Internet sont un excellent exemple de l'effet extraterritorial des règles du droit européen de la concurrence.

39. La deuxième consiste à considérer que la question de la mise en œuvre de règles extraterritoriales, par exemple les lois anticorruption ou d'embargo américaines, sont de purs rapports de force, politiques ou économiques, alors qu'il s'agit, le plus souvent de techniques questions de procédure civile ou pénale, souvent parfaitement maîtrisées par les institutions américaines, par des juristes formés et efficaces, mais largement ignorées et parfois méprisées par les dirigeants économiques français par exemple. Or, ce sont les ressorts de ces règles processuelles, y compris les moyens de défense du droit français, les boucliers en quelque sorte, qui permettent de comprendre et de lutter à armes égales.

40. La troisième consiste à confondre les effets de règles extraterritoriales à l'étranger, avec des effets extraterritoriaux de décisions économiques ou politiques. Par exemple, le boycott de produits d'un Etat par les consommateurs d'un autre Etat, ou encore la décision d'une autorité étatique de renforcer ses normes de sécurité de la fabrication d'un produit fabriqué à l'étranger a évidemment des effets internationaux, mais sans que ces effets puissent être rattachés à des questions d'extraterritorialité de règles internes⁵³.

De la même manière le choix d'une loi applicable dans un contrat, et la généralisation d'un certain nombre de préférences conduit, si ce choix ne se tourne pas vers la loi nationale, à produire des effets extraterritoriaux, notamment parce qu'il en résulte, en

⁵³ On peut prendre l'exemple de l'arrêt, fin 2019, de la production du Boeing 737MAXX, après deux accidents courant 2019, résultant d'une décision de l'autorité chinoise de régulation aérienne d'interdiction de ces avions en Chine, ayant, à rebours, des répercussions sur les décisions de l'autorité européenne, puis américaine, et enfin de Boeing, sans que cela ait un quelconque rapport avec une logique extraterritoriale d'une règle chinoise.

cumul, que ce choix d'une loi étrangère est vraisemblablement associé à une juridiction étrangère. C'est du reste, et cette fois en faveur du droit français, l'avantage de l'arbitrage, où des institutions comme la Chambre de Commerce International, dont le siège est à Paris, favorisent, au contraire l'importation de litiges importants en France, y compris au stade des recours contre les sentences rendues. En résulte, enfin, l'institution d'une chambre spécialisée au sein de la Cour d'appel de Paris, la Chambre Internationale de la Cour d'appel de Paris (CCIP-CA)⁵⁴ mais aussi la promotion d'un droit français du droit de l'arbitrage international, qui détermine les éléments d'une forme, sinon d'extraterritorialité douce, du moins d'influence, dont le principe d'égalité des parties dans l'accès à l'arbitrage issu de l'arrêt *Dutco*, la conception française de l'ordre public international, la question de l'extension des clauses compromissaires fondée sur l'application de la loi de la convention d'arbitrage, loi du siège, la possibilité d'accorder l'exécution en France d'une sentence annulée dans l'Etat du siège en application de la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*, etc.

41. Si la logique de l'extraterritorialité d'un droit est ainsi l'arme la plus connue ou la plus redoutée, et sans doute la plus radicale et la plus brutale, de la guerre économique, elle n'est pas isolée. Elle s'exprime de manière plus suave par exemple à travers la « guerre » ou la « concurrence » des droits, et notamment celle existant entre les droits de *common law* et les droits romano-germaniques dits de *civil law* mais également bien d'autres outils, mais aussi à travers des actions comme les « procédures baillons » par exemple. De manière défensive en revanche, la question de pose de savoir si des outils existent et sont, ou non, utilisés, à la fois en termes législatifs, mais aussi contractuels par exemple.

42. L'objectif de cet ouvrage est alors de présenter, sans exhaustivité bien entendu, les bases de cette guerre économique, à travers le terrain de guerre le marché, les armes juridiques et les soldats utilisés dans cette guerre et de mesurer l'acuité et l'efficacité des « armées en présence ». L'art de la guerre, depuis Clausewitz, suppose en effet de maîtriser les « règles d'engagement » ou la capacité d'initiative ; Sur le terrain militaire, il s'agit de la supériorité stratégique et tactique qui repose notamment sur l'emploi de techniques militaires les plus efficaces : la phalange grecque, la légion romaine, le chevalier lourd du Moyen-âge, l'infanterie espagnole, la colonne d'infanterie napoléonienne, le canon de 75 français, la bombe atomique, les outils de guerre électroniques, etc., constituent autant d'exemple d'innovation militaires qui offrent, un temps au moins, un avantage décisif sur le champ de bataille. Les « règles d'engagement » ou la supériorité stratégique, les armes et les soldats forment ainsi un tout, à la fois dans la guerre offensive que dans la guerre défensive.

Ce sont ces éléments qu'il s'agit ainsi de repérer, et de mesurer ici, dans le contexte général dans lequel les pays européens, la France notamment, sont ou seraient la cible d'initiative de guerre économique livrée par les Etats-Unis, pourtant le meilleur allié de la France et de l'Europe. L'objectif n'est pas de démontrer que les considérations, souvent justes en réponse à ces objectifs, sont justes et reflètent l'essentiel de la difficulté posée par la question générale de la « guerre économique ».

A travers plusieurs exemples, qui en laisseront sans doute bien d'autres de côté, il s'agira de montrer que l'art de la guerre économique est aussi un art juridique, fait

⁵⁴ Cf. D. Mainguy, obs. In Rev. droit de la guerre économique, 2020/1, n°6.

d'une compréhension et d'une pratique fine des règles de fond ou de procédure. Or, on pourrait se demander quelle pourrait être l'intérêt d'une réflexion juridique sur ces questions tant les ouvrages de vulgarisation font l'impasse sur les règles de droit en jeu, sinon pour utiliser des formules générales, où un juriste attentif pourrait observer quelques approximations ou confusions, à l'exception d'un ouvrage récent qui, au contraire, en appelle au renfort des juristes dans ce débat⁵⁵.

43. Plan. L'art juridique de la guerre économique peut alors se décliner en un certain nombre de thèmes focalisant l'attention des juristes. Il ne s'agit pas ici de proposer un « manuel de droit de la guerre économique », mais d'inventorier, et de tenter d'analyser, quelques des thèmes d'un droit de la guerre économique, la question de l'extraterritorialité des normes juridiques, à la fois dans leur aspect agressif et défensif (Chapitre 1), la question du « lawfare » et de la « guerre du droit » (Chapitre 2), celle des techniques juridiques offensives et défensives de la guerre économique comme les techniques, substantielles et processuelles, fiscales, sociétaires, concurrentielles, etc. (Chapitre 3), la question des « juristes » d'affaires y compris dans le cadre du renseignement, de l'influence et de la contre-influence économiques (Chapitre 4), celle des grands thèmes juridiques de la guerre économique : corruption, embargo, blanchiment, etc. (chapitre 5) ou encore de la protection des secrets d'affaires (Chapitre 6).

⁵⁵ A. Laidi, *Le droit, arme de la guerre économique*, op. cit.