



**HAL**  
open science

## Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain

Régis Bismuth

► **To cite this version:**

Régis Bismuth. Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain : Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas. *Annuaire français de droit international*, 2016, pp.785 - 807. hal-03574339

**HAL Id: hal-03574339**

**<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-03574339>**

Submitted on 15 Feb 2022

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

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

## POUR UNE APPRÉHENSION NUANCÉE DE L'EXTRATERRITORIALITÉ DU DROIT AMÉRICAIN — QUELQUES RÉFLEXIONS AUTOUR DES PROCÉDURES ET SANCTIONS VISANT ALSTOM ET BNP PARIBAS

RÉGIS BISMUTH\*

**Résumé :** À l'instar d'Alstom et de BNP Paribas, plusieurs entreprises européennes ont été poursuivies ces dernières années aux États-Unis pour violation des dispositifs anti-corruption (FCPA) ou à ceux relatifs aux embargos. Ces procédures ont été vivement critiquées à l'étranger pour le montant parfois exorbitant des sanctions pécuniaires appliquées mais aussi pour leur dimension extraterritoriale, dans la mesure où elles visaient des activités conduites en dehors du territoire des États-Unis et impliquant des personnes non américaines. Instinctivement perçue comme déraisonnable ou excessive, l'extraterritorialité américaine – qui se manifeste à présent par de nouveaux supports (usage du dollar, circulation via Internet de contenus sur des réseaux ou serveurs localisés aux États-Unis, etc.) – mérite toutefois d'être évaluée différemment selon qu'elle concerne la mise en œuvre des mesures d'embargo ou de dispositifs anti-corruption car ces derniers peuvent en effet s'appuyer sur des règles internationales qui confèrent aux États une compétence plus étendue pour la poursuite de ces infractions. Les réponses qui peuvent être apportées à cette extraterritorialité plus offensive sont également différentes selon qu'il s'agit des sanctions unilatérales ou des dispositifs anti-corruption. Il est aussi important de se pencher dans ce cadre sur les procédures singulières de justice négociée pratiquées aux États-Unis par le biais desquelles ces sanctions sont prononcées.

**Abstract:** Like Alstom and BNP Paribas, several European companies have been prosecuted in recent years in the United States for having infringed anti-corruption laws (FCPA) and US regulations related to international embargoes. Those proceedings have sparked vivid criticism abroad both for the sometimes-exorbitant amount of monetary penalties applied as well as their extraterritorial dimension insofar as they targeted activities conducted outside US territory and involving non-US persons. Instinctively perceived as unreasonable or excessive, US extraterritoriality – manifesting itself through new devices (use of US dollar, content on the Internet routed through network or servers located within the US) – needs to be evaluated differently when it concerns the implementation of embargo measures or anti-corruption laws since the latter can rely on international rules extending the jurisdiction of States for the prosecution of these offences. The responses that can be given to this more offensive extraterritoriality also differ depending on whether it concerns unilateral sanctions or corruption. Within this framework, it is also useful to examine the procedures of “negotiated justice” practiced in the US through which those sanctions have been imposed.

(\*) Régis BISMUTH, professeur à l'École de Droit de Sciences Po.

Si l'on devait établir un classement des termes les plus fréquemment usités lorsqu'il s'agit de commenter les derniers développements législatifs ou judiciaires aux États-Unis, « extraterritorialité » occuperait sans doute une place de choix. Il peut s'agir, même si cela est moins fréquent, de constater son reflux. C'est ce qui résulte par exemple des jurisprudences récentes *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*<sup>1</sup> et *Daimler v. Bauman*<sup>2</sup> de la Cour suprême qui viennent toutes deux rendre plus stricts les critères de compétence des juridictions américaines, notamment dans le cadre d'affaires mettant en jeu l'*Alien Tort Statute* (ATS)<sup>3</sup>. Le plus souvent, il s'agit d'observer son amplification par la mise en œuvre de nouveaux dispositifs qui peuvent d'ailleurs relever de domaines particulièrement variés. Ainsi ont été récemment pointés – et souvent critiqués – les effets extraterritoriaux des nouvelles réglementations concernant le contrôle des groupes bancaires internationaux et des transactions sur produits dérivés<sup>4</sup>, de la nouvelle législation américaine visant à améliorer la lutte contre l'évasion fiscale (*Foreign Account Tax Compliance Act* ou FATCA)<sup>5</sup>, de la mise en œuvre de la législation anti-corruption et de celle concernant les sanctions économiques adoptées par les États-Unis<sup>6</sup>, ou encore des poursuites engagées à l'encontre de plusieurs individus et entités impliquées dans le scandale de la FIFA<sup>7</sup> et que la Russie a d'ailleurs critiquées, en indiquant qu'il s'agissait de « *yet another example of arbitrary extraterritorial enforcement of US law* »<sup>8</sup> – alors que la dimension extraterritoriale de cette procédure était loin d'être évidente<sup>9</sup>.

Au prisme de l'extraterritorialité, le droit américain est-il traversé par de profondes contradictions ? Une observation lointaine de ces derniers développements pourrait le laisser penser. Dans les affaires *Bauman* et *Kiobel*, la Cour suprême relevait qu'une conception trop extensive de sa compétence juridictionnelle pour connaître de différends concernant des faits commis à l'étranger et impliquant

1. 133 S. Ct. 1659 (2013). Voir le commentaire de Thibaut FLEURY GRAFF, *cet Annuaire*, 2013, pp. 17 et s. Voir aussi, Sarah H. CLEVELAND, « After *Kiobel* », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 551 et s.

2. 134 S. Ct. 746 (2014).

3. Pour l'affaire *Kiobel*, il était justement question de l'application de la « *presumption against extraterritoriality* » dans le cadre des affaires mettant en jeu l'ATS. La Cour a notamment considéré que « *even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application* » (*Kiobel*, précit., p. 1669). L'affaire *Bauman*, quant à elle, rend plus stricts les standards de la jurisprudence fédérale en matière de compétence personnelle lorsque les faits reprochés au défendeur se sont déroulés à l'étranger et lorsque celui-ci n'est pas considéré comme « *at home* » aux États-Unis. Il s'agit d'une affaire impliquant la mise en œuvre de l'ATS mais ces critères de compétence personnelle ne se limitent pas à l'application de cette législation.

4. John C. COFFEE, « Extraterritorial Financial Regulation : Why E.T. Can't Come Home », *Cornell Law Review*, 2014, pp. 1259 et s.

5. Bruce W. BEAN et Abbey L. WRIGHT, « The US Foreign Account Tax Compliance Act : American Legal Imperialism », *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2015, pp. 333 et s. (soulignant que « *FATCA is by far the most extraordinary example of Congressional extraterritorial legislation in US History* », p. 334). Voir aussi « Taxing America's Diaspora: FATCA's Flaws », *The Economist*, n° 950, 28 juin 2014.

6. Lesquelles sont justement l'objet du présent article.

7. Kristina DAUGIRDAS et Julian Davis MORTENSON, « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law – US Department of Justice Charges Leaders of FIFA, Affiliate Soccer Organizations, and Sports Marketing Companies in 47-Count Indictment », *AJIL*, 2015, pp. 672 et s.

8. Voir *ibid.* p. 674.

9. Il faut pour s'en convaincre se référer à l'acte d'accusation (*United States v. Webb et al.* (E.D.N.Y. May 20, 2015) (No. 1:15-cr-00252-RJD), [https://www.justice.gov/opa/file/450211/download]) qui vise quatorze personnes dont deux de nationalité américaine et trois qui sont résidents aux États-Unis. Les autres personnes visées le sont également du fait d'activités d'entités (comme la CONCACAF) qui ont des bureaux aux États-Unis. C'est pourquoi, même si d'autres éléments de rattachement retenus présentent une forme d'extraterritorialité (comme le recours au système financier américain), il est contestable de présenter l'exercice de la compétence des autorités américaines dans cette affaire comme revêtant une dimension exclusivement extraterritoriale.

des personnes étrangères était de nature à générer des dissensions diplomatiques et mettre ainsi en péril la politique étrangère du gouvernement<sup>10</sup>. À l'inverse, les branches législative et exécutive ne semblent pas s'embarasser outre mesure de telles précautions lorsqu'elles conçoivent ou mettent en œuvre des dispositifs à portée extraterritoriale. La contradiction n'est toutefois qu'apparente, non seulement car la jurisprudence de la Cour suprême ne vise aucunement les dispositifs législatifs qui ont été conçus afin de revêtir une forme d'extraterritorialité<sup>11</sup>, mais aussi parce que ce dernier terme est employé parfois de manière indifférenciée lorsqu'il s'agit des États-Unis, sans se pencher attentivement sur les configurations respectives de chaque situation en fonction de laquelle l'extraterritorialité pourra être perçue ou non comme abusive. À cet égard, une actualité récente concernant la mise en application des législations anti-corruption et programmes de sanctions économiques aux États-Unis constitue un support intéressant afin d'identifier les nuances qu'ils convient nécessairement d'apporter à l'étude de l'extraterritorialité américaine.

Plusieurs entreprises européennes, et notamment françaises, sont passées ces dernières années sous les fourches caudines des autorités américaines pour violation des réglementations relative aux embargos ou à la lutte contre la corruption avec, à la clé, des pénalités imposées particulièrement significatives<sup>12</sup>. Ce fut le cas en particulier de BNP Paribas qui a conclu en 2014 un accord avec l'Office of *Foreign Assets Control* (OFAC) du *Department of Treasury*, par le biais duquel la banque reconnut de multiples violations aux embargos américains, notamment ceux visant le Soudan, l'Iran et Cuba, et accepta de payer une amende record de près de neuf milliards de dollars à ce titre<sup>13</sup>. La banque Crédit Agricole a également été plus récemment visée dans ce même cadre et fut redevable d'une pénalité de 787 millions de dollars<sup>14</sup>. Ce fut également le cas de l'entreprise Alstom qui reconnut, sur le fondement du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), sa culpabilité d'actes de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre d'activités conduites en Indonésie, Arabie Saoudite, Égypte et Bahamas, et s'acquitta d'une amende de 772 millions de dollars<sup>15</sup>.

10. *Kiobel*, précit., p. 1669 (« [t]he presumption against extraterritoriality guards against our courts triggering such serious foreign policy consequences ») ; *Bauman*, précit., p. 763 (évoquant « the risks to international comity [an] expansive view of general jurisdiction [poses] »).

11. Voir notamment *infra*.

12. Par exemple, les entreprises suivantes ont toutes versé plus 100 millions de dollars américains afin de mettre fin aux poursuites : Alcatel-Lucent, Technip, Siemens, Daimler, Llyods, Crédit Suisse, Barclays, Total, ING, HSBC, ABN AMRO, Standard Chartered, ENI, BAE Systems. Voir Olivier BOULON, « Une justice négociée », in Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013, pp. 41 et s.

13. Voir DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Settlement Agreement – BNP Paribas SA*, COMPL-2013-193659, 30 juin 2014 [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20140630\_bnp\_settlement.pdf] ; DEPARTMENT OF JUSTICE, *BNP Paribas Pleads Guilty to Conspiring to Violate US Economic Sanctions in Manhattan Federal Court*, 9 juillet 2014 [https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-pleads-guilty-conspiring-violate-us-economic-sanctions-manhattan-federal-court]. Sur l'affaire BNP Paribas, voir Yves QUINTIN, « Aux frontières du droit : Les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2014, n° 5, étude 21. Plus récemment, on peut aussi mentionner l'accord conclu entre Commerzbank et les autorités américaines portant au total sur près de 1,45 milliards de dollars ; sur cette affaire, voir Marija ĐORĐESKA, *OFAC's Settlement with Commerzbank AG : Coerced Voluntary Settlements of the Competitively Disadvantaged*, 20 mars 2015 [http://www.ejiltalk.org].

14. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Crédit Agricole Corporate and Investment Bank Admits to Sanctions Violations*, 20 octobre 2015 [https://www.justice.gov/opa/pr/cr-dit-agricole-corporate-and-investment-bank-admits-sanctions-violations-agrees-forfeit-312].

15. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges*, 22 décembre 2014 [https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery].

Le montant significatif de certaines sanctions a souvent été au cœur des débats dans la mesure où les pénalités infligées étaient susceptibles de mettre en jeu de la viabilité financière des entreprises visées et, par ricochet pour ce qui concerne BNP Paribas, la stabilité du système financier<sup>16</sup>.

Ces sanctions ont également retenu l'attention compte tenu des spécificités de la procédure déployée afin d'y aboutir. Il ne s'agit pas en effet pour les autorités américaines d'exercer leur *imperium* de façon unilatérale sur les entreprises concernées mais au contraire de rechercher leur coopération afin qu'elles avouent les comportements litigieux et concluent un accord mettant fin aux poursuites afin d'éviter un procès à l'issue incertaine pour celles-ci. Ces « *deals* de justice » – pour reprendre le titre d'un ouvrage bien connu<sup>17</sup> – ne manquent pas de renouveler profondément la réflexion sur le fonctionnement des juridictions dans un environnement globalisé, mais également celle sur les ressorts et fondamentaux mêmes de la justice en ce que ces procédures reviennent le plus souvent pour les personnes concernées à « avouer pour ne pas être coupable »<sup>18</sup>.

Enfin, au-delà du montant des pénalités et de la spécificité des procédures qui méritera ci-après quelques développements, ces sanctions ont été critiquées compte tenu de leur dimension extraterritoriale<sup>19</sup>. Certes, une telle extraterritorialité est loin de constituer une nouveauté dans la pratique américaine, ne serait-ce qu'en rappelant, dans le domaine des sanctions économiques, les précédents du Gazoduc Eurosiérien en 1982 ou des lois Helms-Burton et d'Amato Kennedy en 1996<sup>20</sup>. Elle a toutefois atteint une ampleur sans précédent, ne serait-ce qu'au regard du nombre d'entreprises visées et reste d'une légalité qui soulève quelques interrogations du point de vue des principes de droit international public. En effet, les entreprises non américaines visées par ces procédures l'ont été pour des activités conduites en dehors des États-Unis et impliquaient des personnes non américaines. Dès lors, il n'existait aucun lien de rattachement territorial ou personnel entre les États-Unis et les conduites prohibées et finalement sanctionnées. C'est à ce titre que la légalité du dispositif américain de sanctions mérite d'être évalué du point de vue du droit international.

Une telle évaluation nécessite d'analyser attentivement les problématiques liées à l'extraterritorialité car ce terme est employé dans des contextes très variés<sup>21</sup> si bien qu'il peut parfois sembler galvaudé. Elle requiert de décomposer de façon méticuleuse le processus par lequel ces sanctions sont appliquées. En effet, une distinction importante mérite d'être réalisée entre les situations que les États-Unis entendent soumettre à leur juridiction et les moyens qu'ils mettent en œuvre afin d'exercer cette juridiction. Les premières revêtent – du moins *prima facie* – une dimension extraterritoriale puisque les agissements qui ont *in fine* fait l'objet d'une

16. Et, au-delà, dans l'affaire *BNP Paribas*, de l'éventualité que le montant de la sanction fasse peser un risque d'ordre systémique sur le système bancaire (« Amende BNP : un risque pour le système bancaire ? », *Le Monde*, 4 juin 2014).

17. En référence à l'excellent ouvrage d'Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, op. cit.

18. Frédéric GROS, « Coopérer contre soi-même », in Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *ibid.*, p. 177.

19. Voir, par ex., Mathias AUDIT, Régis BISMUTH et Astrid MIGNON-COLOMBET, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : Quelles réponses pour les entreprises françaises », *JCP G*, 2015, n° 12, pp. 64-65.

20. Ces précédents sont également développés *infra*.

21. Pour un panorama récent des situations très variées dans lesquelles il est possible de recourir à ce terme, voir Robert DOVER et Justin FROSINI, *The Extraterritorial Effects of Legislation and Policies in the EU and the US*, European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, 2012 ; Nicolas MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 2015, n° 28, pp. 1343 et s. Voir aussi Brigitte STERN, « L'extraterritorialité revisitée – Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres », cet *Annuaire*, 1992, pp. 239 et s.

sanction se sont produits à l'étranger (par exemple la filiale suisse de BNP Paribas qui effectue des transactions avec le Soudan)<sup>22</sup>. Inversement, les seconds, c'est à dire les mesures prises en réaction à la violation des prohibitions, sont résolument territoriaux puisque les États-Unis sanctionnent ou menacent de sanctionner les opérateurs économiques qui se situent sur son territoire, par exemple en menaçant d'exclure une entreprise des marchés publics ou de révoquer la licence bancaire d'un établissement financier aux États-Unis<sup>23</sup>. Ainsi, le terme d'extraterritorialité peut être employé pour désigner la portée spatiale des prohibitions édictées, mais les sanctions sont quant à elles strictement territoriales. Cette distinction est importante car si l'extraterritorialité de la réglementation américaine constitue certainement une pratique contestable au regard des principes du droit international, ce sont avant tout les sanctions – territoriales donc – prises par les autorités américaines qui constituent des actes susceptibles de placer les États-Unis en contravention de certaines de leurs obligations internationales, du moins, comme nous le verrons, pour ce qui concerne les mesures d'embargo.

Cet exercice d'évaluation requiert en premier lieu de mieux appréhender les méthodes et instruments sur lesquels repose l'extraterritorialité de la réglementation américaine (I), avant de se pencher en second lieu sur les différentes options à disposition qui pourraient être exploitées afin d'y répondre (II). À titre de *caveat*, il est utile de souligner que l'objectif de la présente étude n'est pas d'absoudre ou de trouver des justifications aux entreprises qui ont été sanctionnées aux États-Unis. Son ambition se place au niveau plus général d'appréciation de la légalité des dispositifs extraterritoriaux tout en soulignant la nécessité que les frictions ou différends qu'ils génèrent devraient être traités dans un esprit de coopération au sein de cénacles internationaux.

## I. – APPRÉHENDER L'EXTRATERRITORIALITÉ

L'extraterritorialité des dispositifs américains peut s'appréhender comme un mécanisme à double détente. En effet, en premier lieu, il s'agit de concevoir le champ d'application d'une réglementation afin de la rendre susceptible de s'appliquer à une situation se déroulant à l'étranger et impliquant exclusivement des personnes étrangères (A). L'extraterritorialité se concrétise dans un second temps lorsque les autorités chargées de la mise en œuvre de la réglementation identifient un lien de rattachement – parfois fictif et souvent discutable – entre, d'une part, l'activité prohibée et la personne concernée et, d'autre part, le territoire de l'État qui entend exercer sa compétence, ici les États-Unis (B).

### A. Identifier l'extraterritorialité

Avant d'examiner la façon dont est conçue l'extraterritorialité des réglementations relatives à la lutte contre la corruption (2) et celles concernant les programmes de sanctions économiques (3), il est nécessaire de revenir brièvement sur le terme lui-même afin de préciser dans quel contexte il sera ici employé (1).

22. *United States of American v. BNP Paribas*, Statement of Facts, 30 juin 2014, § 17 [<https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf>].

23. « Capital Punishment », *The Economist*, 5 juillet 2014.



1. Brèves généralités sur l'extraterritorialité<sup>24</sup>

L'extraterritorialité désigne de façon générale une « [s]ituation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État »<sup>25</sup>. C'est avant tout la nature des compétences que l'État déploie qui permet de déterminer, en droit international général, les espaces sur lesquels elles peuvent être exercées. De ce point de vue, il est utile d'opérer une distinction entre deux types de compétences : exécutive d'une part, normative ou juridictionnelle d'autre part.

La compétence exécutive suppose le recours par l'État à des moyens de contrainte. Il est ici établi que « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État »<sup>26</sup>. Ce n'est pas au titre de la compétence exécutive que l'extraterritorialité américaine s'est manifestée dans le cadre d'affaires telles que celles concernant Alstom ou BNP Paribas, puisque les sanctions appliquées ou menacées de l'être l'ont été uniquement sur le territoire américain.

Pour ce qui concerne la compétence juridictionnelle (la possibilité pour un État de soumettre à ses juridictions une situation donnée) et la compétence normative (la possibilité pour l'État de prescrire une norme générale de comportement), on peut rappeler que la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), dans l'affaire du *Lotus*, a adopté une position libérale. Elle indiqua en effet que, « loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives » et « pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »<sup>27</sup>. Sans être pour autant périmée, la « présomption de liberté de l'État »<sup>28</sup> qui résulte de la jurisprudence *Lotus* mérite d'être nuancée car la pratique subséquente suggère qu'il devrait exister un lien de rattachement entre le forum susceptible d'exercer sa compétence et la situation qu'il souhaite réguler. Ce lien est en premier lieu territorial (la situation se déroule sur le territoire de l'État) ou fondé sur la nationalité (la situation implique un ressortissant de l'État). Il peut également résulter d'autres hypothèses (atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, cas de compétence universelle, théorie des effets<sup>29</sup>)

24. Il ne s'agit pas ici de réaliser une étude exhaustive de la notion d'extraterritorialité (on pourra à cet égard utilement se référer à l'étude de Brigitte STERN, *op. cit.*), et encore moins de s'engager dans la théorie générale des compétences de l'État (pour plus de détails sur cette question, voir SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, et en particulier les rapports de Gérard CAHIN et d'Évelyne LAGRANGE). Il s'agit plutôt de préciser la signification qui sera attribuée à ce terme dans le présent cadre dans la mesure où il est utilisé dans des contextes variés.

25. Voir « Extraterritorialité », in Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 491. Voir aussi CDI, « La compétence extraterritoriale », *Ann. CDI*, 2006, vol. II, part. 2, pp. 244 et s.

26. CPJI, *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 18.

27. *Ibid.*, p. 19.

28. Hervé ASCENSIO, *Extraterritoriality as an Instrument – Contribution to the Work of the UN Secretary-General's Special Representative on Human Rights and Transnational Corporations and Other Businesses*, décembre 2010, p. 2 [http://business-humanrights.org].

29. Théorie qui a pour fonction d'étendre la compétence normative ou juridictionnelle à des conduites qui, quoique se réalisant à l'étranger et n'impliquant pas de national ou ne reposant pas sur d'autres liens de rattachement acceptés, produisent des effets directs, substantiels et prévisibles sur le territoire de l'État concerné (Malcolm N. SHAW, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 6<sup>e</sup> éd., pp. 688 s. ; Kathleen HIXSON, « Extraterritorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States », *Fordham International Law Journal*, 1988, pp. 127 s.). La Cour de Luxembourg l'a déjà appliqué dans le domaine du droit de la concurrence en soulignant à propos des ententes la distinction nécessaire entre leur formation et leur mise en œuvre, car « faire dépendre l'applicabilité

qui ne méritent pas ici de développements additionnels<sup>30</sup>. Ce sont avant tout les liens territoriaux et personnels qui doivent être mis en relief dans le cadre de l'examen des dispositifs anti-corruption et de sanctions économiques sur le fondement desquels les procédures ont été engagées à l'encontre d'entreprises telles que Alstom et BNP Paribas. Précisons néanmoins à ce stade que l'absence de lien territorial et personnel ne conduit pas nécessairement à l'exercice d'une compétence contraire aux principes du droit international car il peut exister des situations où le droit international habilite les États à exercer leurs compétences en de pareilles circonstances.

Afin de saisir les ressorts de l'extraterritorialité américaine, il est nécessaire de se pencher sur la portée spatiale des réglementations. De ce point de vue, on peut brièvement aborder le FCPA et les programmes de sanctions économiques dont les champs d'application ne sont pas conçus de façon similaire mais produisent globalement les mêmes effets extraterritoriaux.

## 2. La portée extraterritoriale du dispositif anti-corruption FCPA

Pour ce qui concerne le FCPA, l'application de cette législation s'étend à plusieurs catégories de personnes<sup>31</sup> : les *issuers*, à savoir les entreprises dont les titres sont admis à la cotation sur les marchés financiers aux États-Unis ou qui sont soumis à certaines obligations de déclaration vis-à-vis de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), l'autorité de régulation américaine des marchés financiers<sup>32</sup> ; les *domestic concerns*, c'est-à-dire toute personne ou entité de nationalité ou résident américain ou dont la place principale des activités économiques se situe aux États-Unis<sup>33</sup> ; ainsi que, catégorie balai, toute personne ou entité ainsi que leurs dirigeants, agents et employés n'entrant pas dans les deux catégories précédentes mais qui sont à l'origine d'un paiement litigieux réalisé sur le territoire des États-Unis<sup>34</sup>.

Le champ d'application de cette législation s'est avéré en pratique très vaste dans la mesure où il a permis aux autorités américaines d'exercer leur compétence pour des faits de corruption réalisés à l'étranger par des filiales américaines d'entreprises étrangères (en ce qui concerne par exemple les activités de certaines filiales d'Alstom<sup>35</sup>) mais surtout d'entreprises étrangères dont les actions sont cotées au *New York Stock Exchange* (par exemple de Siemens<sup>36</sup> ou d'Alstom<sup>37</sup>) ou qui avaient

---

des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire aux dites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre » (CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission*, aff. 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, § 16). Elle a aussi souligné que la compétence de la Communauté dans ce cadre était « couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public » (*ibid.*, § 18). Pour une critique de cette confusion entre théorie des effets et compétence territoriale, voir Brigitte STERN, *op. cit.*, pp. 288 et s.

30. De façon générale, voir James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 8<sup>e</sup> éd., pp. 466 et s. ; Christopher STAKER, « Jurisdiction », in Malcolm N. EVANS (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 4<sup>e</sup> éd., pp. 309 et s.

31. Pour un panorama, voir Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission, *FCPA – A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, p. 10 [<https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/guide.pdf>].

32. 15 USC § 78c(a)(8) et 15 USC § 78dd-1(a).

33. 15 USC § 78dd-2.

34. *FCPA – A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, *précit.*, p. 11.

35. *United States v. Alstom S.A.*, US District Court for the District of Connecticut, 22 décembre 2014, §§ 3 et 5 [<https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/alstomsa/DE-1-Information-for-SA.pdf>].

36. *United States v. Siemens S.A. (Argentina)*, US District Court for the District of Columbia, No. 08-cr-368 12 décembre 2008, § 3 [<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-12-08siemensargen-info.pdf>].

37. *United States v. Alstom S.A.*, *op. cit.* note 35, §§ 2 et s. [<https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/alstomsa/DE-1-Information-for-SA.pdf>].



émis des *American Depositary Receipts* (ADR) aux États-Unis (par exemple Alcatel-Lucent<sup>38</sup>). Dès lors, le FCPA est conçu de telle manière à s'appliquer à des activités se déroulant à l'étranger et impliquant des personnes non-américaines et c'est en ce sens que l'on peut dans ces cas parler d'extraterritorialité du droit américain – même s'il convient de retenir que la cotation de titres aux États-Unis constitue un point de contact avec le forum américain. Les autorités américaines sont d'ailleurs parfaitement conscientes de cette portée extraterritoriale dans la mesure où la législation FCPA a été traduite en cinquante langues par le *Department of Justice* afin de sensibiliser les entreprises étrangères et autres personnes potentiellement concernées<sup>39</sup>.

### 3. La portée extraterritoriale des programmes de sanctions unilatérales

Pour ce qui concerne les législations relatives aux embargos, une distinction est à opérer entre plusieurs types de dispositifs. Nous mettons ici de côté les sanctions (aussi désignées « sanctions primaires » ou « boycott primaire ») qui visent les personnes « *within the United States* » ou les « *United States persons* »<sup>40</sup> pour lesquelles il existe donc un lien territorial ou personnel. Ces sanctions ne présentent pas d'aspects extraterritoriaux.

Certains dispositifs de sanctions (aussi désignées « sanctions secondaires » ou « boycott secondaire ») sont construits de façon à avoir une portée beaucoup plus large. Ce sont ceux qui sont applicables aux personnes définies comme « *subject to the jurisdiction of the United States* » ce qui permet d'inclure les entités possédées ou contrôlées par des sociétés américaines<sup>41</sup>, et donc leurs filiales à l'étranger bien qu'elles aient la nationalité d'un autre État. Dans cette hypothèse, il n'y a ni lien territorial ni lien personnel, ce qui est d'ailleurs susceptible de provoquer des protestations de la part des États sur le territoire desquels se situent ces filiales qui cherchent à se mettre en conformité avec ces sanctions américaines. Ce fut par exemple le cas du Canada qui reprocha à la filiale canadienne de Wal Mart d'avoir déréférencé des produits manufacturés à Cuba pour se mettre en conformité avec l'embargo américain<sup>42</sup>.

Enfin, certains dispositifs ne prévoient aucune limite spécifique quant à leur champ d'application et laissent dans ce cadre une marge de manœuvre très large aux autorités chargées de les appliquer. Il est par exemple possible de se référer aux sanctions adoptées contre l'Iran qui sont applicables à toute « *person* », physique ou morale, sans qu'il soit fait mention d'un lien de rattachement avec le forum américain<sup>43</sup>. Il est intéressant de relever que le même dispositif de sanctions à l'encontre de l'Iran précise d'ailleurs qu'une dérogation à l'application de ces mesures peut être accordée si « *the government with primary jurisdiction over the person is closely cooperating with the United States* » afin d'empêcher l'Iran d'obtenir certains types

38. *United States v. Alcatel-Lucent France, S.A., et al.*, US District Court for the District of Columbia, No. 10-cr-20906, 27 décembre 2010, § 2 [<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/07/29/12-27-10alcatel-et-al-info.pdf>].

39. [<https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>].

40. Jeffrey A. MEYER, « Second Thoughts on Secondary Sanctions », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, vol. 30, p. 925.

41. Voir par ex. 31 C.F.R. 560.215. Sur ces aspects, voir Meredith RATHBONE, Peter JEYDEL et Amy LENTZ, « Sanctions, Sanctions Everywhere : Forging a Path through Complex Transnational Sanctions Laws », *Georgetown Journal of International Law*, 2013, vol. 44, pp. 1109 et s.

42. Ces aspects sont également développés *infra*.

43. 50 USC § 1701 note (section 14(14)) (« *The term 'person' means - (i) a natural person ; (ii) a corporation, business association, partnership, society, trust, financial institution, insurer, underwriter, guarantor, and any other business organization, any other nongovernmental entity, organization, or group, and any governmental entity operating as a business enterprise ; and (iii) any successor to any entity described in clause (ii) »).*

d'armes<sup>44</sup>, ce qui suggère clairement que ces sanctions visent des personnes qui ne présentent pas de lien de rattachement territorial ou personnel avec les États-Unis. C'est en ce sens que les législations relatives aux embargos peuvent avoir un effet extraterritorial dont il convient à présent, selon les circonstances, d'apprécier la légalité.

### B. Évaluer la légalité des liens de rattachement

Lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité des liens de rattachement avec le forum américain, une distinction assez nette mérite d'être réalisée entre les procédures initiées par les autorités américaines sur le fondement de la législation anti-corruption, d'une part, et sur le fondement de la violation des mesures d'embargo américaines, d'autre part. En effet, si les deux types de procédures peuvent produire des effets extraterritoriaux, les règles dont le forum américain cherche à faire assurer le respect reposent sur des socles différents, lesquels peuvent avoir pour effet d'étendre ou de limiter les compétences pouvant être déployées. C'est ici que le caractère internationalisé de l'infraction de corruption (1) se distingue de la dimension strictement unilatérale de certains programmes de sanctions en vigueur aux États-Unis (2).

#### 1. Dans le cadre du dispositif anti-corruption FCPA

Les règles anti-corruption sont liées à une discipline internationale, notamment la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997<sup>45</sup> ou la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003<sup>46</sup>. On peut ajouter qu'elle constitue également un vice de consentement en matière de conclusions de traités<sup>47</sup> ou de contrats d'État, domaine dans lequel elle est d'ailleurs considérée contraire à « l'ordre public transnational »<sup>48</sup>. La Convention de l'OCDE a une importance toute particulière dans le cadre du dispositif FCPA aux États-Unis. En effet, la législation américaine a constitué un élément moteur du développement du projet de l'OCDE qui avait pour objectif d'établir un *level-playing field*, afin de ne pas laisser les seules entreprises américaines être soumises à une discipline en la matière susceptible de conférer un avantage compétitif aux entreprises étrangères<sup>49</sup>.

Les autorités américaines se reposent régulièrement sur la Convention OCDE, et notamment son article 4, paragraphe 1 qui précise que « [c]haque Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire », afin de justifier l'exercice de leur compétence sur des faits de corruption qui se sont déroulés à l'étranger entre des personnes étrangères dès lors qu'un événement se rattachant même de manière infime à la réalisation de l'infraction

44. 50 USC § 1701 note (section 4(c)(B)(i)(I)).

45. Cette convention est entrée en vigueur le 15 février 1999. Pour le texte de la Convention, voir OCDE, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et Documents connexes*, 2011 [[http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)].

46. Cette convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 (*RTNU*, vol. 2349, p. 41).

47. Article 50 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

48. CIRDI, *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, sentence du 4 octobre 2006, n° ARB/00/7, § 157.

49. Mark PIETH, « Introduction », in Mark PIETH, Lucinda A. LOW et Nicola BONUCCI (eds.), *The OECD Convention on Bribery – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 2e éd., pp. 11 et s.

s'est déroulé sur le territoire des États-Unis<sup>50</sup>, ce que l'on désigne également comme la « *long arm jurisdiction* »<sup>51</sup>.

À cet égard, il faut noter que dans le cadre des *deals de justice* qui sont conclus auprès des autorités américaines, le caractère approprié ou déraisonnable de la base de compétence ne fait pas l'objet d'un débat approfondi entre les parties ; du moins un tel débat n'apparaît aucunement dans les documents mis à disposition du public qui ne font que mentionner divers éléments tels que la cotation de l'entreprise visée sur les marchés américains, des activités économiques aux États-Unis, des paiements qui ont été réalisés par le biais du système financier américain ou des emails qui ont été routés via des serveurs localisés aux États-Unis<sup>52</sup>. Les contentieux sur ces points sont rares. La question qui se pose dès lors est de savoir si les éléments de rattachement entre l'infraction ou son auteur avec le forum américain que l'on retrouve dans le cadre du FCPA n'excèdent pas les limites fixées par la Convention de l'OCDE, étant entendu qu'elle en autorise une appréhension souple. Le commentaire de l'OCDE sur cette disposition indique d'ailleurs que « [l]a compétence territoriale devrait être interprétée largement de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé »<sup>53</sup>.

Quelques critiques ont pu être formulées au Royaume-Uni quant au critère de la cotation sur le marché financier national comme élément de rattachement au moment de l'adoption du *UK Bribery Act*<sup>54</sup>, mais cet élément caractéristique de la législation américaine ne fut pas contesté dans le contexte de la Convention OCDE. L'utilisation du système financier américain comme élément de rattachement a aussi été pointé comme participant à une conception assez extensive de la compétence<sup>55</sup>, mais il faut relever que la réalisation du paiement constitue l'un des éléments essentiels de la réalisation de l'infraction de corruption telle que définie dans l'instrument international. Autre hameçon juridictionnel (*jurisdictional hook*) qui est susceptible d'être contesté, le routage d'emails relatifs aux transactions litigieuses par le biais de serveurs localisés sur le territoire américain, qui a fait l'objet d'un débat devant les juridictions fédérales dans le cadre de l'affaire *SEC v. Straub*. Dans cette affaire, la Cour de district a validé cette base de compétence en notant d'ailleurs que l'ignorance par les personnes poursuivies que les emails transitaient via des serveurs localisés aux États-Unis ne constituait pas une circonstance permettant de faire échec à l'application du FCPA<sup>56</sup>. Relevons d'ailleurs

50. *FCPA – A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, précit., p. 11, spé. p. 107, note 55.

51. Mark PIETH, « Article 4 », in Mark PIETH, Lucinda A. LOW et Nicola BONUCCI (eds.), *The OECD Convention on Bribery – A Commentary*, op. cit., pp. 336 et s. On entend par cette expression la « [j]urisdiction over a nonresident defendant who has had some contact with the jurisdiction in which the petition is filed » (*Black's Law Dictionary*, 2009, 9<sup>e</sup> éd., p. 930).

52. Pour plusieurs exemples, voir Philip UROFSKY et Hee Won MOON, « A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act : The US Government's Perspective on Enforcing the FCPA », in Mark PIETH, Lucinda A. LOW et Nicola BONUCCI (eds.), *The OECD Convention on Bribery – A Commentary*, ibid., p. 688.

53. *Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997, in OCDE, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et Documents connexes*, précit., p. 18.

54. Sur cet aspect, voir Colin NICHOLLS, Tim DANIEL, Aland BACARESE et John HATCHARD, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2<sup>e</sup> éd., pp. 92-93.

55. Mark PIETH, « Article 4 », in Mark PIETH, Lucinda A. LOW et Nicola BONUCCI (eds.), *The OECD Convention on Bribery – A Commentary*, op. cit., p. 337.

56. *Securities and Exchange Commission v. Straub*, 921 F. Supp. 2d 244 (SDNY, 2013). Comme le note la Cour de district : « *The emails were 'routed through and/or stored on network servers located within the United States'. The mere fact that Defendants may not have had personal knowledge that their emails would be routed through or stored in the United States does not mean that they did not, in fact, use an instrument of interstate commerce sufficient for purposes of conferring jurisdiction. Second, the Court rejects Defendants' argument that it was not foreseeable that emails sent over the Internet in a foreign country would touch servers located elsewhere* ».

que la juridiction note à ce propos qu'elle « *does not disagree with Defendants that [t]he [I]nternet is a huge, complex, gossamer web* », but that is all the more reason why it should be foreseeable to a defendant that Internet traffic will not necessarily be entirely local in nature »<sup>57</sup>. En d'autres termes la dimension tentaculaire d'Internet qui est de nature à rendre imprévisible les espaces de circulation des contenus devrait selon la juridiction permettre d'anticiper un passage prévisible de ceux-ci sur le territoire américain. Conseil aux corrupteurs souhaitant échapper à la toile d'araignée du FCPA : privilégiez plutôt le bon vieux courrier !

Ainsi, bien que certains éléments de rattachement puissent être considérés comme excessifs, il faut relever que, dans le cadre de la convention de l'OCDE, une règle internationale vient conférer aux États la possibilité d'exercer leur compétence sur des faits de corruption dès lors qu'un point de contact minimum existe avec le forum américain sans pour autant que l'infraction ait été commise dans son ensemble sur leur territoire<sup>58</sup>. En l'absence de réaction des autres États parties à la Convention, cela peut conduire à relativiser certaines critiques relatives au caractère déraisonnable de l'exercice de leur compétence par les autorités américaines. Indéniablement, sans aller jusqu'à évoquer une quelconque compétence universelle, le caractère international de l'infraction et les critères de compétence retenus par la Convention OCDE autorisent un certain assouplissement des critères de rattachement. Une telle habilitation internationale n'existe toutefois pas pour certaines des mesures de sanctions économiques adoptées par les États-Unis et, en conséquence, l'appréciation de cette extraterritorialité sera différente.

## 2. Dans le cadre des programmes de sanctions unilatérales

Les sanctions américaines qui ont servi de fondement aux procédures initiées contre des institutions financières telles que BNP Paribas ont été adoptées unilatéralement par les États-Unis sans que celles-ci résultent de mesures multilatérales adoptées au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies. Si une portée extraterritoriale est conférée à de telles sanctions, cela équivaut donc pour les États-Unis à imposer aux autres États leur politique étrangère. C'est en ce sens que l'application extraterritoriale des mesures d'embargo des États-Unis qui semblent particulièrement contestables méritent d'être examinées et que doivent être évalués les différents éléments de rattachement au forum américain qui ont été retenus, en particulier l'usage du dollar américain dans les transactions litigieuses.

Les États-Unis ont historiquement fait preuve d'une certaine créativité afin de déterminer les critères d'application spatiale de leurs mesures d'embargo. Ainsi, ils ont pu considérer que les prohibitions commerciales avaient vocation à s'appliquer à toute personne et en tout lieu dès lors que les produits concernés étaient d'origine américaine. C'était notamment le cas dans le cadre de l'affaire du Gazoduc eurosibérien datant de 1982, lorsque l'administration Reagan avait interdit la réexportation de produits et technologies d'origine américaine à l'URSS sans la permission du gouvernement américain même si ces biens et technologies étaient déjà entre les mains d'entreprises européennes<sup>59</sup>. Cet épisode avait donné lieu à de vives protestations de la CEE qui avait considéré que ces mesures « *are unacceptable under international law because of their extra-territorial aspects* »

57. *Ibid.*

58. À titre de comparaison, l'article 42, § 1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption ne mentionne que la situation où « l'infraction est commise sur son territoire ».

59. Sur ce différend, voir RUSEN ERGEC, « Les pressions économiques sous l'angle du conflit du gazoduc euro-sibérien », *RBDI*, 1984/1985, n° 1, pp. 166 et s. ; PATRIZIO MERICIAL, « The Euro-Siberian Gas Pipeline Dispute – A Compelling Case for the Adoption of Jurisdictional Codes of Conduct », *Maryland Journal of International Law*, 1984, vol. 8, n° 1, pp. 1 et s.

et qu'elles ne pouvaient être fondées ni sur une forme de compétence personnelle – car les biens et technologies n'ont pas de nationalité<sup>60</sup> – ni sur une théorie des effets en l'absence de liens directs, substantiels et prévisibles entre la livraison de matériel non militaire pour la construction d'un gazoduc et l'atteinte à la sécurité des États-Unis<sup>61</sup>. Les États-Unis ont également eu l'occasion d'exiger des sociétés américaines qu'elles fassent en sorte que leurs filiales localisées à l'étranger mettent en œuvre les mesures d'embargo<sup>62</sup>. Dans la mesure où les filiales ont la nationalité de l'État dans lequel elles sont incorporées, l'extension spatiale de ces mesures d'embargo ne saurait également se justifier sur le fondement du lien de nationalité.

Les récentes procédures visant les institutions financières européennes ayant violé les sanctions américaines mettaient en œuvre un lien de rattachement avec le territoire des États-Unis également contestable : l'utilisation du dollar américain dans le cadre des transactions litigieuses. À l'exemple des éléments rapportés dans le cadre de l'affaire BNP Paribas, l'utilisation du dollar avait pour conséquence de caractériser deux liens de rattachement avec les États-Unis : la seule utilisation de la devise américaine<sup>63</sup> et l'opération de compensation en dollars par le biais d'une chambre de compensation localisée sur le territoire des États-Unis<sup>64</sup> – tout en précisant que les autorités américaines ont également visé des opérations de compensation qui avaient été réalisées via des institutions financières ne se situant pas sur le territoire américain<sup>65</sup>. D'autres affaires mettant en jeu les programmes de sanctions ont également pris appui sur des messages de paiement qui ont été routés via le système financier américain<sup>66</sup>. Le recours à la devise nationale comme critère de rattachement soulève dès lors deux questions : un État a-t-il la possibilité d'exercer sa compétence sur toute transaction réalisée dans sa monnaie même lorsque cette transaction se déroule à l'étranger et implique des personnes étrangères ? Aussi, un État a-t-il la possibilité de se fonder sur la territorialité de l'opération de compensation qui constitue un acte distinct de la transaction prohibée ? La réponse à ces questions est résolument négative.

La souveraineté monétaire implique pour l'État qui l'exerce une palette de compétences reconnues par le droit international (déterminer sa monnaie et sa politique monétaire, imposer un contrôle des changes, autoriser ou interdire une monnaie sur son territoire, déterminer la monnaie qui a cours légal, pénaliser le faux-monnayage, etc.)<sup>67</sup>, mais pas celle d'exercer une forme de compétence personnelle sur la monnaie en tant qu'objet de propriété dès lors que celle-ci ne se situe plus sur le territoire de l'État émetteur (situation où la devise est aussi

60. EUROPEAN COMMUNITIES, « Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR », *International Legal Materials*, 1982, vol. 21, p. 894 (« Goods and technology do not have any nationality and there are no known rules under international law for using goods or technology situated abroad as a basis of establishing jurisdiction over the persons controlling them »).

61. *Ibid.*, p. 896.

62. À l'instar de la filiale canadienne de Wal Mart qui vendait des produits manufacturés à Cuba ainsi que de la filiale mexicaine du groupe Sheraton et d'une filiale norvégienne du groupe Hilton qui avaient refusé des réservations réalisées par les officiels cubains. Voir Meredith RATHBONE, Peter JEYDEL et Amy LENTZ, « Sanctions, Sanctions Everywhere : Forging a Path through Complex Transnational Sanctions Laws », *op. cit.*, pp. 1120-1121.

63. *United States of American v. BNP Paribas*, Statement of Facts, *précit.*, §§ 5, 8, 16 et s.

64. *Ibid.*, §§ 5, 24, 29 et s.

65. Par exemple, dans le cadre de l'affaire BNP Paribas, le recours par cette dernière à des « satellite banks » non américaines pour les opérations de compensation. Voir *United States of American v. BNP Paribas*, Statement of Facts, *précit.*, §§ 18, 23-25.

66. Department of Treasury, *Settlement Agreement – Commerzbank AG*, FAC NO. 713262, 11 mars 2015 [[https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20150312\\_commerzbank\\_settlement.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Documents/20150312_commerzbank_settlement.pdf)].

67. Charles PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7<sup>e</sup> éd., § 19.03.



désignée euromonnaie<sup>68</sup>). Une distinction doit en effet être opérée pour ce qui concerne le champ spatial des compétences de l'État en matière monétaire entre la monnaie dans ses versions « abstraite » d'une part et « concrète » (ou physique) d'autre part<sup>69</sup>. L'État dispose de la compétence de définir sa monnaie dans sa forme abstraite (ou l'unité de compte) à laquelle elle assigne certains attributs (instrument de mesure de la valeur et pouvoir libératoire). De ce point de vue, les modifications que l'État est susceptible d'apporter à son système monétaire (par exemple celle de l'unité de compte) aura directement des effets sur l'ensemble de cette monnaie en circulation, même si celle-ci se situe à l'étranger. C'est en ce sens que la *lex monetae*, lorsqu'elle porte sur la définition du système monétaire de l'État, peut produire par ricochet certains effets extraterritoriaux sur les euromonnaies<sup>70</sup>. La configuration est différente lorsqu'il s'agit de la compétence de l'État de réglementer sa monnaie dans sa forme concrète dans la mesure où cette compétence est limitée territorialement. L'État peut en effet réglementer l'usage de sa monnaie sur son territoire, interdire ou autoriser des monnaies étrangères, mais il ne peut réglementer l'usage de sa devise à l'étranger car « *monetary sovereignty does not entitle a State to exercise any degree of direct control over transactions which involve its currency but which occur abroad and are governed by a foreign system of law* »<sup>71</sup> et cela reste vrai « *even though any payment made in respect of that transaction would ultimately have to be reflected by account movements on the clearing system which is operated within that State* »<sup>72</sup>. Sur ce dernier point, il faut en effet souligner que la compensation n'est qu'une opération accessoire à la transaction litigieuse qui a été réalisée et elle ne saurait fonder un lien de compétence territorial autre que purement fictif pour l'État.

Cette conclusion se trouve dans la lignée de ce que prescrivent les Statuts du FMI. En effet, ceux-ci n'imposent aucunement aux États membres, au titre de son article VIII, paragraphe 2, b)<sup>73</sup>, de reconnaître les effets extraterritoriaux des sanctions mises en œuvre par l'État d'émission de l'euromonnaie car l'obligation qui est faite de reconnaître la « réglementation du contrôle des changes de cet État membre » repose sur un impératif de régulation économique de préservation des réserves de change et n'inclut pas les sanctions économiques qui sont adoptées pour des motifs de politique étrangère<sup>74</sup>. On peut même ajouter que les sanctions imposées par les autorités américaines pour violation des mesures d'embargo caractérisées par les opérations financières réalisées avec les entités et personnes visées sont de nature à constituer des « restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes » au titre de l'article VIII, paragraphe 2, a) des Statuts du FMI<sup>75</sup>.

Ainsi, à l'inverse de la Convention OCDE en matière de corruption, le droit international conventionnel n'offre aucun support sérieux à l'existence d'une règle

68. Sur ces aspects, voir l'étude très complète de Mauricio PIZARRO ORTEGA, *Extraterritorialité et eurodollars : Réflexions sur l'affaire BNP Paribas*, Mémoire de Master 2 Droit International Économique, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015.

69. *Ibid.*, pp. 11 et s.

70. Charles PROCTOR, *op. cit.*, § 1.99.

71. *Ibid.*, § 19.19.

72. *Ibid.*

73. Aux termes duquel « [l]es contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre ».

74. Sur ces aspects, voir Cynthia C. LICHTENSTEIN, « The Battle for International Bank Accounts : Restrictions on International Payments for Political Ends and Article VIII of the Fund Agreement », *NYU Journal of International Law and Politics*, 1997, pp. 981 et s. ; Mauricio PIZARRO ORTEGA, *op. cit.*, pp. 16-21.

75. Sur cette question, voir Régis BISMUTH, « Transferts internationaux de fonds : Libération, restrictions et contrôle », *Répertoire International Dalloz*, 2015, n<sup>os</sup> 15 et s.



permissive permettant de justifier une extension de la compétence de l'État émetteur de la devise dans le domaine des sanctions économiques. Il faut d'ailleurs souligner qu'accepter une vision aussi extensive de la souveraineté monétaire qui ne trouve pas de fondement en droit international reviendrait, pour une devise telle que le dollar qui bénéficie d'une position privilégiée – ou plutôt d'un « privilège exorbitant » – dans le règlement des transactions économiques internationales, à conférer aux États-Unis une forme de compétence quasi universelle sur celles-ci. Si l'on devait combiner le critère de l'utilisation de la devise américaine à celui de la circulation de contenus sur Internet via des serveurs localisés aux États-Unis, voilà qui permettrait d'étendre à l'infini les filets de l'extraterritorialité américaine.

## II. – RÉPONDRE (OU PAS) À L'EXTRATERRITORIALITÉ

Si la dimension extraterritoriale du FCPA aux États-Unis peut finalement trouver un fondement dans une interprétation accommodante de la Convention OCDE, cela ne signifie aucunement que les entreprises visées et les États dont elles relèvent se satisfassent de cette situation. Les procédures FCPA sont particulièrement contraignantes et onéreuses, et les pénalités peuvent être de nature à remettre en cause l'équilibre financier des entreprises concernées. Les mêmes problèmes peuvent être soulevés pour les mesures d'embargo dont la portée extraterritoriale reste en plus contestable du point de vue du droit international. Dans ce dernier cas d'ailleurs, il serait vain pour les entreprises visées de s'employer à convaincre les autorités à l'origine des poursuites ou subséquemment le juge américain du caractère contestable du critère de compétence retenu. La question se pose dès lors de savoir quelles sont les options disponibles afin de remettre en cause de telles procédures. Deux options méritent dans ce cadre d'être examinées, tout en soulignant que ce sont les États de nationalité des entreprises visées plus que celles-ci qui peuvent être à l'origine de ces initiatives. Il s'agit en premier lieu pour les États souhaitant réagir de tenter de neutraliser, par le biais de leur droit national (ou collectivement dans le cadre du droit de l'UE), les effets des législations ou procédures américaines. La stratégie de neutralisation peut être envisagée aussi bien pour les procédures FCPA que celles relatives aux mesures d'embargo (A). En second lieu, dans la mesure où la portée extraterritoriale des mesures d'embargo est de nature à présenter des incompatibilités avec certains accords internationaux, notamment ceux de l'OMC, il est envisageable d'explorer les mécanismes internationaux de règlement des différends qui pourraient être sollicités (B). Il faut néanmoins préalablement souligner que les États susceptibles de mettre en œuvre ces différentes stratégies ont fait preuve d'une certaine frilosité sinon d'une passivité – qui s'explique d'ailleurs davantage pour des raisons politiques que juridiques. C'est en ce sens que ces stratégies sont le plus souvent étudiées dans une perspective exploratoire.

### *A. Neutraliser l'extraterritorialité (à l'échelon national ou régional)*

Une stratégie de neutralisation de l'extraterritorialité a vocation à se concevoir de façon radicalement différente selon que l'on vise la législation anti-corruption (1) ou les mesures de sanctions économiques (2). La distinction entre les deux réside là encore dans la différence entre le caractère multilatéral de la reconnaissance de l'infraction de corruption et dans la dimension unilatérale des sanctions américaines sur la base desquelles de nombreuses entreprises européennes ont été poursuivies et sanctionnées.

### 1. Neutraliser par l'anticipation la portée extraterritoriale du dispositif anti-corruption FCPA

Pour ce qui concerne la législation anti-corruption telle que mise en œuvre par le FCPA aux États-Unis, il convient de retenir que la corruption est érigée en infraction dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, notamment dans les États ayant ratifié les instruments internationaux de référence, plus particulièrement la Convention OCDE. Dans le cadre d'une mise en œuvre du principe *non bis in idem* – dont il faut préciser qu'il ne fait pas encore l'objet d'une acception harmonisée au sein des différents systèmes juridiques nationaux<sup>76</sup> – il ne serait en théorie plus possible pour les juridictions d'un État de poursuivre une infraction de corruption dès lors que des poursuites fondées sur les mêmes faits auraient été en premier lieu réalisées devant les juridictions d'un autre État<sup>77</sup>. Il serait ainsi envisageable de favoriser, pour les États souhaitant neutraliser ce qui est perçu comme l'hégémonie judiciaire américaine, la mise en œuvre de poursuites similaires à celles susceptibles d'être déclenchées aux États-Unis, afin de neutraliser les éventuelles initiatives étatsuniennes.

Une telle stratégie serait notamment appropriée pour des infractions telles que la corruption, car celle-ci repose sur une définition commune aux différents ordres juridiques susceptibles d'exercer leur compétence. Elle est d'autant plus envisageable compte tenu de la multiplicité des faits pouvant être commis sur différents territoires et susceptibles chacun de participer à la réalisation de l'infraction<sup>78</sup>. Une telle stratégie nécessiterait toutefois, pour être pleinement effective, une harmonisation des pratiques des États parties à la Convention OCDE. Actuellement, la discipline en la matière inscrite dans la Convention de l'OCDE n'est pas particulièrement contraignante, l'article 4, paragraphe 3 de cette convention ne formulant qu'une vague obligation de concertation entre les États se déclarant compétent sur une même infraction<sup>79</sup>. Cette absence de coordination internationale de l'exercice des compétences a pu conduire à des situations de double poursuite.

Les autorités américaines ont en effet déjà eu l'occasion de poursuivre au titre du FCPA des faits qui avaient déjà été sanctionnés au sein d'autres juridictions. Ce fut par exemple le cas de la société britannique Aon, qui a accepté les sanctions prononcées par les autorités américaines pour des faits commis par sa filiale britannique concernant une entité costaricienne alors que cette société avait déjà été condamnée au Royaume-Uni. Dans cette affaire, le *Department of Justice* a expliqué avoir conclu un accord de non-poursuite (*non-prosecution agreement*) comprenant des sanctions pécuniaires qui tenaient néanmoins compte de celles qui avaient déjà été prononcées au Royaume-Uni<sup>80</sup>. Une affaire plus récente suggère que l'approche retenue par les autorités américaines semble davantage gouvernée par un souci

76. Voir par ex. Juliette LELIEUR, « 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem* : How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty », *Utrecht Law Review*, 2013, vol. 13, n° 4, pp. 198 et s.

77. Astrid MIGNON-COLOMBET, « Vers une reconnaissance internationale du principe *non bis in idem* », *JCP E*, 2015, n° 36, pp. 44 et s. ; Astrid MIGNON-COLOMBET, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, juillet-août 2015, pp. 346 et s.

78. *Ibid.*

79. Article 4, § 3 qui précise que « [l]orsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites ».

80. Le *Department of Justice* souligne qu'il a tenu compte de « *the prior financial penalty of £5.25 million paid to the United Kingdom's Financial Services Authority ('FSA') by Aon Limited, a U.K. subsidiary of Aon, in 2009, covering the conduct in Bangladesh, Bulgaria, Indonesia, Myanmar, the United Arab Emirates, and Vietnam* » [https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/12/28/2011-12-20-aon-final-executed-npa.pdf]. Sur cette question, voir Michael P. VAN ALSTINE, « Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA », *Ohio State Law Journal*, 2012, pp. 1321 et s.

d'efficacité (déterminer si les faits de corruption ont été sévèrement sanctionnés et si l'entreprise a pris les mesures nécessaires afin de prévenir ces nouveaux agissements) plutôt que par une approche strictement formelle de l'application du principe *non bis in idem* (déterminer si les faits de corruption ont fait l'objet de poursuites et d'une décision définitive). Une affaire encore plus récente vient d'ailleurs le confirmer. Ainsi, l'entreprise SBM Offshore a conclu en novembre 2014 une transaction avec les autorités néerlandaises impliquant une pénalité de 193 millions d'euros pour des allégations de corruption au Brésil, en Guinée équatoriale et en Angola, ce qui a conduit le *Department of Justice* à clore le dossier alors en instruction, sans qu'aucune sanction ne soit appliquée<sup>81</sup>. Manifestement, la volonté de coopération de l'entreprise concernée, la crédibilité des autorités néerlandaises dans le cadre de leur coopération avec celles américaines et l'ampleur de la pénalité qui a été acceptée ont été autant de facteurs qui ont conduit le *Department of Justice* à ne pas envisager de sanctions à l'encontre de SBM Offshore<sup>82</sup>. Aux yeux de certains, cette affaire « *may signal a new and important trend in FCPA enforcement, illustrating a potentially increased willingness of US authorities to defer to other jurisdictions in an era of [...] repeatedly-stated concerns over US prosecution of extraterritorial activity* »<sup>83</sup>.

Afin de répondre aux menaces auxquelles ses entreprises sont exposées aux États-Unis, la France a engagé une réflexion quant au renforcement de son dispositif anti-corruption. Dans un premier temps, le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), instance interministérielle placée auprès du Ministre de la Justice, a publié en mars 2015 des lignes directrices ayant pour objectif de mieux prévenir la corruption dans les transactions commerciales<sup>84</sup>. Le SCPC indique d'ailleurs que c'est notamment la « portée extraterritoriale » de lois anti-corruption étrangères qui rend nécessaire un tel instrument<sup>85</sup>. Il ne s'agit que d'un texte non contraignant, peut-être utile dans une perspective de prévention, mais qui ne permet aucunement de poursuivre les faits de corruption passés selon des standards et procédures conformes à ceux en pratique aux États-Unis. Une évolution devrait toutefois avoir lieu par le biais du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Loi Sapin II »<sup>86</sup> qui est actuellement en discussion et devrait être soumis à l'Assemblée nationale dans le courant du printemps 2016. Ce futur dispositif a pour ambition de faire peser sur les entreprises des obligations de contrôle interne et de prévention contre les risques de corruption<sup>87</sup>, s'inspirant ainsi des procédures de *monitorship* que l'on retrouve dans le cadre du FCPA. La question encore en suspens est de savoir si ce projet inclura un mécanisme d'accord de non-poursuite similaire au *Non-Prosecution Agreement* américain. Le projet prévoyait à l'origine un dispositif de « convention de compensation d'intérêt public » permettant la conclusion de transactions pénales entre le ministère public et les personnes morales mises en cause. En tout état de cause, l'objectif d'une telle réforme était de combler les lacunes de l'arsenal français de lutte contre la corruption qui ne résultent pas des

81. Voir « Small Country, Big Punch : The Netherlands' Anti-Bribery Prosecution of SBM Offshore », *Debevoise & Plimpton FCPA Update*, 2014, vol. 6, n° 5, pp. 13 et s.

82. *Ibid.*, p. 21.

83. *Ibid.*, p. 22.

84. SCPC, *Lignes directrices françaises visant à renforcer la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales*, mars 2015 [[www.justice.gouv.fr/include\\_htm/pub/lignes\\_directrices.pdf](http://www.justice.gouv.fr/include_htm/pub/lignes_directrices.pdf)].

85. *Ibid.*, pp. 2-3.

86. Projet de loi n° 3623, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016. M. Sapin étant à l'origine du premier dispositif anti-corruption mis en œuvre par le biais de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

87. Article 8 du projet de loi.

insuffisances relatives à la façon dont l'infraction est définie dans le Code pénal mais bien davantage du fait de carences concernant l'efficacité des mécanismes de poursuite comme l'avait relevé l'OCDE<sup>88</sup>. C'est ainsi que le rapprochement éventuel du dispositif français avec les exigences relevant de la législation américaine avait pour ambition non seulement d'améliorer le respect par les entreprises françaises de leurs obligations en matière de lutte contre la corruption mais aussi, par un éventuel ricochet, de neutraliser les possibles poursuites pouvant être engagées par les autorités américaines et d'éviter ainsi des sanctions financières plus conséquentes outre-Atlantique<sup>89</sup>. Ce mécanisme a toutefois été retiré du projet de loi à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État qui exprimait plusieurs doutes quant à la compatibilité de ce projet avec les « grands principes qui doivent gouverner l'équilibre de la procédure pénale »<sup>90</sup>. Retenant que le dispositif envisagé permettait aux entreprises de ne pas avoir leur condamnation inscrite au casier judiciaire « afin d'éviter que ces entreprises soient automatiquement privées, du fait de la législation applicable dans certains États, d'accès aux marchés internationaux »<sup>91</sup>, le Conseil d'État a néanmoins émis des réserves en ce qui concerne le caractère confidentiel de la procédure transactionnelle et la seule application du dispositif aux personnes morales et pas aux personnes physiques<sup>92</sup>. Le Conseil d'État n'y a toutefois pas exprimé une opposition de principe et a notamment retenu que « compte tenu des procédures et pratique existant dans différents États pour le traitement des faits de corruption transnationale, l'institution d'une telle procédure dans ce seul champ est envisageable, sous réserve que soient prévues des garanties appropriées »<sup>93</sup>.

Ainsi, la stratégie de neutralisation de l'extraterritorialité américaine pour ce qui concerne la lutte contre la corruption passe pour l'essentiel par une évolution des procédures pénales afin de les rendre similaires et compatibles avec celles mises en œuvre outre-Atlantique. Éviter la soumission aux règles américaines dans ce domaine implique ainsi d'une certaine façon l'intégration de celles-ci au droit national. En somme, en s'employant à la neutraliser, l'extraterritorialité du droit américain se drape de nouveaux habits.

## 2. Neutraliser (ou pas) par les lois de blocage la portée extraterritoriale des programmes de sanctions unilatérales

Alors que l'on constate plusieurs initiatives plus ou moins fructueuses en Europe afin de freiner l'extraterritorialité du FCPA, c'est davantage un sentiment de fatalité, voire une passivité, qui prévaut lorsqu'il s'agit de contrecarrer l'extraterritorialité des programmes de sanctions économiques mis en œuvre par les États-Unis. On peut d'ailleurs constater une certaine évolution de la position des institutions de l'UE, autrefois plus enclines à protéger ses entreprises. En effet, une stratégie de neutralisation avait été déployée en 1996 afin de répondre à une série de mesures à portée extraterritoriale visant les entités s'engageant dans des activités économiques avec Cuba par le biais du *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* (ou Helms-Burton Act) ainsi que la Syrie et la Libye par le biais de

88. OECD WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL TRANSACTIONS, *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in France*, octobre 2012 [http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Francephase3reportEN.pdf].

89. Nicolas TOLLET, « La 'loi Sapin II', la fin des méga-sanctions américaines contre les sociétés françaises ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2015, n° 110, p. 3.

90. CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, n° 391.262, NOR : FCPM1605542L, 24 mars 2016, p. 11.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*, p. 12.

93. *Ibid.*

*Iran and Libya Sanctions Act* (ou le D'Amato-Kennedy Act). Cela s'était notamment concrétisé par l'adoption du Règlement 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant »<sup>94</sup>. Cette « loi de blocage » a été adoptée avec l'objectif de ne pas donner effet aux législations extraterritoriales américaines, et ce, notamment en interdisant aux entreprises relevant de leur juridiction de se conformer aux mesures extraterritoriales sous peine de sanctions<sup>95</sup>, en prohibant la reconnaissance des décisions américaines fondées sur la législation extraterritoriale<sup>96</sup> et en permettant aux entités ayant subi des dommages résultant des sanctions extraterritoriales de demander réparation devant les tribunaux en visant notamment les personnes ou entités qui sont à l'origine de ce dommage (mécanisme aussi désigné *claw back clause*)<sup>97</sup>. Des lois de blocage ont également été adoptées dans la même période par le Canada et le Mexique après l'adoption aux États-Unis des lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy<sup>98</sup>.

Pouvant être efficaces lorsqu'il s'agit de répondre ponctuellement à une législation extraterritoriale spécifique, les lois de blocage sont cependant loin de constituer le remède miracle. Elles supposent en premier lieu une volonté politique. Alors que sa réaction avait été vigoureuse en 1982 dans le cadre des sanctions vis-à-vis de l'URSS et en 1996 dans le cadre des lois Helms-Burton (faisant l'objet d'une réprobation ininterrompue de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>99</sup>) et D'Amato-Kennedy, l'UE n'a pas riposté aux mesures extraterritoriales édictées par les États-Unis en 2010 au sein du *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act*<sup>100</sup>. Certains l'expliquent en soulignant que les sanctions de 1982 et 1996 portaient significativement atteinte aux intérêts des entreprises européennes qui avaient déjà noué des relations respectivement avec l'URSS et Cuba<sup>101</sup>. Ce n'était pas nécessairement le cas en 2010 dans le cadre des sanctions visant l'Iran qui allaient au-delà de celles prescrites par le Conseil de sécurité car, alors qu'elle aurait pu faire évoluer son règlement de 1996 afin d'étendre les mécanismes de blocage à ce nouveau dispositif<sup>102</sup>, l'UE s'est globalement alignée sur la politique américaine en ce qui concerne le programme nucléaire iranien et la nécessité de mettre en œuvre des mesures plus restrictives. Ces orientations

94. *JOCE*, 29 novembre 1996, L 309/1 (Règlement soulignant dans son préambule à propos des législations américaines que « par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international »).

95. Règlement 2271/96, article 5.

96. *Ibid.*, article 4.

97. *Ibid.*, article 6.

98. Pour le Mexique, il s'agit de la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional* du 23 octobre 1996 [[www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf)]. Pour le Canada, il s'agit de la Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères (L.R.C. (1985), ch. F-29) [<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/F-29>]. Sur ces deux législations, voir Harry L. CLARK et Lisa W. LANG, « Foreign Sanctions Countermeasures and Other Responses to US Extraterritorial Sanctions », *Dewey Ballantine LLP*, 2007.

99. Voir les résolutions suivantes qui mentionnent la loi Helms-Burton : A/RES/51/17 (12 novembre 1996) ; A/RES/52/10 (5 novembre 1997) ; A/RES/53/4 (4 octobre 1998) ; A/RES/54/21 (9 novembre 1999) ; A/RES/55/20 (9 novembre 2000) ; A/RES/56/9 (27 novembre 2001) ; A/RES/57/11 (12 novembre 2002) ; A/RES/58/7 (4 novembre 2003) ; A/RES/59/11 (28 octobre 2004) ; A/RES/60/12 (8 novembre 2005) ; A/RES/61/11 (8 novembre 2006) ; A/RES/62/3 (30 octobre 2007) ; A/RES/63/7 (29 octobre 2008) ; A/RES/64/6 (28 octobre 2009) ; A/RES/65/6 (26 octobre 2010) ; A/RES/66/10 (25 octobre 2011) ; A/RES/67/4 (13 novembre 2012) ; 68/8 (29 octobre 2013) ; A/RES/69/5 (28 octobre 2014) ; A/RES/70/5 (27 octobre 2015).

100. « Development in the Law – Extraterritoriality », *Harvard Law Review*, 2011, pp. 1250 et s.

101. *Ibid.*, pp. 1252-1253.

102. Meredith RATHBONE, Peter JEYDEL et Amy LENTZ, « Sanctions, Sanctions Everywhere : Forging a Path through Complex Transnational Sanctions Laws », *op. cit.*, p. 1122.



avaient déjà été prises en considération par la plupart des entreprises européennes qui s'étaient alors progressivement retirées de l'Iran<sup>103</sup>.

Rétrospectivement, il est donc possible de se demander si le Règlement 2271/96 adopté par les institutions européennes traduisait davantage la volonté de protéger des intérêts économiques ou stratégiques que celle de préserver et défendre les principes de droit international concernant les limites à la compétence des États, dont il faut préciser que l'UE s'emploie néanmoins à respecter<sup>104</sup>. La question reste ouverte au regard de la passivité dont ont fait preuve les instances européennes à la suite des sanctions visant BNP Paribas et d'autres institutions financières ayant leur siège dans l'UE<sup>105</sup>.

Plus subsidiairement, les lois de blocage, si elles ont pu s'avérer efficaces en tant que moyen de pression, ne constituent qu'une réponse décentralisée à l'extraterritorialité des sanctions économiques et s'inscrivent dans une stricte logique d'intersubjectivité entre l'État qui exerce des compétences extraterritoriales et celui qui souhaite les remettre en cause. En ce sens, il est intéressant de se pencher sur les mécanismes internationaux de règlement des différends qui permettraient de contester plus objectivement l'extraterritorialité des dispositifs américains.

### B. Contester (ou pas) l'extraterritorialité (à l'échelon international)

Constater que l'extraterritorialité des mesures d'embargo édictées par les États-Unis est discutable au regard des principes de droit international relatifs aux compétences des États ne signifie pas pour autant qu'elle puisse être efficacement contestée à l'échelon international. De plus, si ces mesures présentent des incompatibilités avec de nombreux régimes internationaux, tous ne disposent pas des mécanismes institutionnels ou juridictionnels adéquats afin d'établir ces incompatibilités et d'envisager les suites qui pourraient leur être données. Ainsi, les restrictions aux paiements en euros résultant de ces mesures semblent contrevenir à l'article VIII, paragraphe 2, a) des Statuts du FMI<sup>106</sup>, mais ce dernier n'a jamais mis en œuvre les possibles sanctions (suspension des droits de vote par exemple) qui peuvent résulter d'une violation de cette disposition<sup>107</sup>. Elles semblent aussi en contradiction avec plusieurs des dispositions des codes de l'OCDE de libération des mouvements de capitaux et de libération des opérations invisibles courantes<sup>108</sup>, mais « [l]es instruments de l'OCDE ne contiennent pas de dispositions pour le règlement des différends ayant valeur contraignante sur le plan juridique »<sup>109</sup>.

103. *Ibid.*, pp. 1253-1254.

104. Sur cet aspect, voir les *Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy*, 15 juin 2012, §§ 51-52 (notant que « *EU restrictive measures should only apply in situations where links exist with the EU. Those situations [...] cover the territory of the European Union, aircrafts or vessels of Member States, nationals of Member States, companies and other entities incorporated or constituted under Member States' law or any business done in whole or in part within the European Union. [...] The EU will refrain from adopting legislative instruments having extra-territorial application in breach of international law. The EU has condemned the extra-territorial application of third country's legislation imposing restrictive measures which purports to regulate the activities of natural and legal persons under the jurisdiction of the Member States of the European Union, as being in violation of international law* »).

105. Voir *infra*.

106. Voir *supra*.

107. IMF, *Article VIII Acceptance by IMF Members : Recent Trends and Implications for the Fund*, 26 mai 2006, p. 4, § 10.

108. Sur ces aspects, voir Mauricio PIZARRO ORTEGA, *op. cit.*, pp. 55 et s.

109. OCDE, *Codes de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes – Guide de référence 2007*, 2007, p. 52.



Parmi les solutions envisageables, il a été proposé que la France, dans le sillage des sanctions infligées à BNP Paribas, saisisse la Cour internationale de Justice (CIJ) sur le fondement de la Convention franco-américaine d'établissement du 25 novembre 1959<sup>110</sup>. Ce traité impose en effet aux parties d'assurer aux ressortissants et sociétés de l'autre partie un « traitement équitable » et la dimension extraterritoriale de la législation américaine ainsi que l'ampleur des sanctions pouvaient constituer d'éventuelles violations de cette obligation<sup>111</sup>. La limite d'une telle option réside toutefois dans son caractère intersubjectif et limité à un cas d'espèce car il n'aurait été possible que de contester les procédures visant spécifiquement des entreprises françaises.

C'est ainsi que l'option du recours au Mécanisme de règlement des différends de l'OMC apparaît plus intéressante dans le sens où elle permettrait de contester de façon plus générale les dispositifs de sanctions économiques à portée extraterritoriale mis en œuvre aux États-Unis (1). Dans cette perspective, quelques remarques méritent également d'être réalisées en ce qui concerne la spécificité des *deals de justice* tels que mis en œuvre aux États-Unis et la façon de les appréhender du point de vue des mécanismes du contentieux international (2).

### 1. Une portée extraterritoriale des sanctions unilatérales contestable au regard du droit de l'OMC

L'Union européenne a déjà eu l'occasion de saisir le mécanisme de règlement des différends de l'OMC au moment où les États-Unis avaient adopté la loi Helms-Burton mettant en œuvre des sanctions contre les entités entretenant des relations commerciales avec Cuba. Après avoir engagé des consultations infructueuses avec les États-Unis<sup>112</sup> et avoir subséquemment demandé l'établissement d'un groupe spécial afin de contester « l'application extraterritoriale de l'embargo commercial des États-Unis à l'égard de Cuba »<sup>113</sup>, l'UE a choisi de ne pas poursuivre la procédure après la conclusion avec les États-Unis d'un accord par le biais duquel ces derniers consentent à suspendre, au profit des entreprises européennes, l'application des dispositifs extraterritoriaux américains<sup>114</sup>. Ce précédent, que les juridictions de l'OMC n'ont finalement pas eu à discuter, a permis néanmoins d'identifier quelles dispositions des accords de l'OMC étaient susceptibles d'être violées par le biais de telles législations extraterritoriales<sup>115</sup>.

Il est délicat de se lancer dans une analyse détaillée des possibles violations du droit de l'OMC dans chacune des procédures ayant visé des entreprises européennes et c'est pourquoi il est ici suffisant de ne mentionner que les obligations centrales des États membres qui sont en jeu<sup>116</sup>. En premier lieu, il faut éviter l'erreur qui consisterait à croire que la seule dimension extraterritoriale des prohibitions

110. *JORF*, 15 décembre 1960, p. 11220.

111. Mathias AUDIT, « Sanctions contre BNP Paribas : L'extraterritorialité du droit américain est-elle conforme au droit international ? », *LesEchos.fr*, 25 juin 2014.

112. *États-Unis — Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba*, WT/DS38/1, G/L/71, 13 mai 1996.

113. *États-Unis — Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba*, WT/DS38/2, 8 octobre 1996.

114. Memorandum of Understanding Concerning the US Helms-Burton Act and the US Iran and Libya Sanctions Act, 11 avril 1997 (*International Legal Materials*, 1997, vol. 36, pp. 529 et s.). Voir aussi, Stefaan SMIS et Kim VAN DER BORGH, « The EU-US Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts », *AJIL*, 1999, pp. 227 et s.

115. Pour une discussion en ce sens, toutefois très orientée en faveur des arguments américains, voir John A. SPANOGLE, « Can Helms-Burton Be Challenged Under WTO ? », *Stetson Law Review*, 1998, vol. 22, p. 1314.

116. Voir aussi George-Dian BALAN, « The Latest United States Sanctions Against Iran : What Role to the WTO Security Exceptions ? », *Journal of Conflict & Security Law*, 2013, vol. 18, n° 3, pp. 365 et s.

résultant de la législation américaine constitue à elle seule une violation du droit de l'OMC. En effet, ce n'est pas tant la prohibition formulée qui prête à discussion que les sanctions et mesures qui sont appliquées aux États-Unis et qui restreignent les échanges commerciaux sur ce territoire.

Du point de vue du commerce des marchandises, il peut être avancé que sont en jeu la liberté de transit (GATT, article V) dans la mesure où peuvent être bloqués des navires qui ne font que transporter des biens dont l'entrée est prohibée aux États-Unis mais qui ont vocation à être déchargés lors d'une escale ultérieure sur le territoire d'un autre État<sup>117</sup> et l'interdiction des restrictions quantitatives (GATT article 10) dans la mesure où les importations aux États-Unis des produits des entreprises sanctionnées pourraient être prohibées.

Pour ce qui concerne le commerce des services, il est fort probable que les sanctions prononcées concernant des paiements en dollars réalisés à l'étranger par des prestataires étrangers tels que BNP Paribas constituent une violation de l'article XI du GATS aux termes duquel « un Membre n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec ses engagements spécifiques ». En effet, les restrictions aux paiements et transferts internationaux mises en œuvre par les États-Unis à l'encontre des institutions financières sanctionnées n'avaient pas été intégrées dans les engagements pris par les États-Unis en matière de libéralisation des services financiers<sup>118</sup>. Ces restrictions ne sauraient être couvertes par l'exception prudentielle qui figure au sein de l'Annexe sur les services financiers du GATS car cette exception n'inclut aucunement les mesures se rapportant à la politique étrangère de l'État membre<sup>119</sup>.

Les sanctions peuvent également intégrer des exclusions de participation aux marchés publics aux États-Unis, ce qui pourrait être contesté à l'aune de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, dont il faut préciser qu'il indique qu'un État membre « limitera les conditions de participation à un marché à celles qui sont indispensables pour s'assurer qu'un fournisseur a les capacités juridiques et financières et les compétences commerciales et techniques pour se charger du marché » (AMP, article VIII)<sup>120</sup>. À titre subsidiaire, il serait envisageable d'avancer une possible violation de la clause de traitement national (GATT, Article III et GATS, Article XVII) s'il est établi que les entités étrangères sont *de facto* exposées à des sanctions financières plus élevées que les entreprises américaines. Cela nécessite néanmoins une évaluation statistique approfondie de même que cela ne concerne que le montant des pénalités, et non le principe d'une sanction à dimension extraterritoriale.

Enfin, il convient de préciser que si des violations telles que celles qui viennent d'être mentionnées venaient à être caractérisées, il serait difficilement envisageable pour les États-Unis de les justifier sur le fondement des exceptions de sécurité qui existent dans les accords de l'OMC (GATT, article XXI ; GATS, article XIV *bis* et

117. Voir par exemple pour les biens d'origine cubaine, John A. SPANOGLE, *op. cit.*, pp. 1320-1321.

118. Mauricio PIZARRO ORTEGA, *op. cit.*, pp. 62 et s.

119. L'article 2, a) de l'Annexe sur les services financiers indique en effet « [qu]un Membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris pour la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de polices ou des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers, ou pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier ». Sur cette exception prudentielle, voir Carlo Maria CANTORE, « Shelter from the Storm : Exploring the Scope of Application and Legal Function of the GATS Prudential Carve-Out », *Journal of World Trade*, 2014, pp. 1223 et s.

120. Il faut néanmoins rappeler que l'article VIII, § 4, d) de l'AMP précise qu'un fournisseur peut être exclu pour des motifs tels que des « jugements définitifs concernant des délits graves ou d'autres infractions graves ».

AMP, article III, §1) car les sanctions adoptées ne l'ont pas été sur le fondement de la Charte de l'ONU, de même qu'il est plus qu'improbable d'établir un lien entre les activités prohibées (commercer avec Cuba, l'Iran, etc.) et une menace directe sur la sécurité nationale américaine. Cette catégorie d'exception serait dès lors opérante<sup>121</sup>.

## 2. La spécificité des procédures *deals de justice* dans le cadre du contentieux international

Les procédures des *deals de justice* soulèvent deux principaux enjeux dans le cadre du contentieux relevant de l'OMC, lesquels sont d'ailleurs transposables à d'autres types de mécanismes de règlement arbitral ou judiciaire. Le premier concerne le caractère négocié des procédures de *deals de justice* et le second se rapporte au renoncement par les entités sanctionnées de contester les accords conclus avec les autorités américaines.

En premier lieu, il faut préciser que les sanctions prononcées aux États-Unis à l'encontre de plusieurs entreprises européennes ont mis en lumière des procédures de poursuite assez singulières (*Guilty Plea*, *Deferred Prosecution Agreement* ou *Non Prosecution Agreement*) fondées sur une coopération et une négociation – souvent asymétrique – entre les autorités et les entités poursuivies. La dimension plus ou moins consensuelle de ces procédures pourrait être envisagée comme un argument pour les États-Unis devant le juge de l'OMC dans la mesure où, *in fine*, les entreprises ont volontairement accepté ces sanctions et celles-ci ne résultent pas de l'exercice par l'État d'un authentique acte d'*imperium*. La question qui se pose est donc de savoir si la contrainte qui est exercée *de facto* sur les entreprises dont les activités aux États-Unis sont menacées est susceptible d'être prise en compte dans le cadre de l'OMC. S'il n'y a pas de précédent portant sur des procédures similaires, on peut néanmoins relever que dans le cadre de l'affaire *Japon — Commerce des semi-conducteurs*, un groupe spécial avait considéré que les mesures de guidance administrative prises par le Ministère du Commerce et de l'Industrie japonais et prenant la forme de recommandations pour les opérateurs économiques avaient généré « des incitations ou désincitations suffisantes pour que les producteurs et exportateurs japonais s'y conforment »<sup>122</sup>. En ce sens, « les mesures prises par le gouvernement japonais n'avaient pas besoin d'être juridiquement contraignantes pour prendre effet »<sup>123</sup>. Cette position est teintée de réalisme et la spécificité des procédures aux États-Unis ne devrait donc pas constituer un obstacle devant le juge de l'OMC.

En second lieu, il est important de rappeler que seuls les États membres de l'OMC ont la possibilité d'initier une procédure de règlement des différends et que cette option n'est donc pas à la disposition des entreprises visées par ces sanctions. Le droit de l'UE offre la possibilité par le biais du Règlement 3286/94<sup>124</sup> d'alerter les instances européennes sur les obstacles au commerce mis en place par les États tiers et susceptibles de contrevenir au droit de l'OMC. La décision finale revient néanmoins à la Commission qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour initier une procédure devant l'OMC si elle considère qu'elle est nécessaire dans l'intérêt

121. De façon générale, voir George-Dian BALAN, *op. cit.*

122. GATT, *Japon — Commerce des semi-conducteurs*, Rapport du Groupe spécial adopté le 4 mai 1988, L/6309 – 35S/126, § 111.

123. *Ibid.*

124. Règlement n° 3286/94 du 22 décembre 1994 arrétant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'OMC, *JOCE*, 31 décembre 1994, L 349/71.

de l'Union, le juge européen refusant à cet égard de contrôler la façon dont cet intérêt est apprécié par la Commission<sup>125</sup>. La question se pose de savoir dans quelle mesure le recours par les entreprises sanctionnées à ces procédures européennes précontentieuses est susceptible de constituer une violation de l'engagement pris par les entités visées à ne pas contester les accords qui ont été conclus avec les autorités américaines<sup>126</sup>. Il s'agirait donc d'une piste dangereuse à explorer pour ces dernières. Il en serait de même si les entreprises visées venaient à initier des procédures arbitrales fondées sur un traité d'investissement.

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC constitue donc une option offrant des chances raisonnables de succès afin de contester les mesures extraterritoriales américaines dans le domaine des sanctions économiques unilatérales. S'il s'agit certainement du forum le plus adéquat pour que soient débattues de telles questions dans un contexte multilatéral, il faut néanmoins une volonté politique de l'Union européenne à s'engager dans cette voie. On peut de ce point de vue relever une certaine frilosité des autorités européennes qui n'ont pas cherché à contester la dimension extraterritoriale des plus récentes sanctions américaines, et ce, alors qu'elles s'étaient montrées bien plus offensives au moment des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy. Par exemple, dans le cadre de l'affaire BNP Paribas, elles se sont limitées à relayer des préoccupations d'ordre systémique en soulignant qu'une pénalité d'une telle ampleur était susceptible d'affecter la stabilité financière (« *too big to jail* »)<sup>127</sup>. D'ailleurs, alors qu'elle était interpellée par des députés européens sur la dimension extraterritoriale des sanctions frappant des institutions financières européennes, la Commission s'est limitée à indiquer que « [l]es sanctions sont un instrument de politique étrangère utilisé non seulement par les États-Unis, mais aussi par l'Union européenne »<sup>128</sup> et qu'elle « ne s'exprime pas sur des poursuites auxquelles elle ne prend pas part »<sup>129</sup>. L'UE ne semble donc pas décidée à exiger de ses partenaires l'observance des principes qu'elle s'emploie pourtant à respecter<sup>130</sup>.

125. TPICE, 14 décembre 2004, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e.a. c. Commission*, T-317/02, Rec. p. II-4333.

126. Par exemple, dans l'accord conclu entre BNP Paribas et l'OFAC, il est précisé que « *BNPP waives any claim by or on behalf of BNPP, whether asserted or unasserted, against OFAC, the US Department of the Treasury, and/or its officials and employees arising out of the facts giving rise to this Agreement, including but not limited to OFAC's investigation of the apparent violations and any possible legal objection to this Agreement at any future date* » (DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Settlement Agreement – BNP Paribas SA*, précit., § 31).

127. Mark ROE, « Why pick on BNP Paribas? », *Politico*, 7 juillet 2014 [http://www.politico.eu/article/why-pick-on-bnp-paribas]

128. Réponse commune donnée par M. Barnier au nom de la Commission, Questions écrites E-005757/14 et E-005632/14, 10 septembre 2014.

129. *Ibid.*

130. Voir *supra*.