



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

**RAPPORT SUR
L'EXTRATERRITORIALITÉ DU
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Mai 2022



EXECUTIVE SUMMARY

L'extraterritorialité fait l'objet d'une discussion croissante dans l'Union européenne. Elle se définit comme la caractéristique de mesures législatives ou réglementaires et de décisions administratives ou juridictionnelles qui ont vocation à s'appliquer au-delà du territoire d'un État souverain, et sans un lien suffisant avec ce pays.

L'extraterritorialité est en premier lieu perçue comme la pratique de pays tiers destinée à produire des effets à l'encontre de citoyens ou d'entreprises de l'Union européenne, comme on le voit avec les sanctions extraterritoriales américaines.

L'extraterritorialité est en second lieu envisagée comme destinée à permettre l'application de dispositions du droit de l'Union à des situations relevant de pays tiers. Cette question s'avère d'actualité comme le montrent des actes de droit dérivé en préparation, à l'instar de la directive CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) ou de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

Cette seconde lecture de l'extraterritorialité s'inscrit de la logique du « *Brussels Effect* » défini comme « *the EU's unilateral ability to regulate the global marketplace* »¹. L'extraterritorialité est un outil de protection pour les consommateurs européens de biens ou de services proposés par des entreprises de pays tiers ainsi qu'un instrument de défense des entreprises européennes contre des conditions de concurrence déséquilibrées (*level playing field*) dont bénéficient les opérateurs de pays tiers soumis à des normes moins exigeantes. Ce faisant, l'extraterritorialité peut être un vecteur de promotion des valeurs et des intérêts européens, en exigeant des sujets de droit de pays tiers le respect de règles et standards économiques et extra-économiques (droits de l'homme, environnement, données personnelles, etc.).

Le cadre du droit international

Le droit international constitue le cadre dans lequel il faut envisager l'extraterritorialité du droit de l'Union. Depuis l'arrêt *Lotus* de 1927, il interdit à tout État l'exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État, sauf règle de droit international contraire. Toutefois, les États peuvent exercer leur compétence normative ou juridictionnelle dès lors qu'il existe un fondement de compétence soit territoriale, soit personnelle, soit réelle (atteinte à l'étranger aux intérêts fondamentaux de l'État), soit conventionnelle.

¹ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 1.



Le débat contemporain sur l'extraterritorialité en matière économique concerne moins des situations où les États exercent des compétences ne présentant aucun lien avec leur territoire que des situations où l'exercice des compétences entend reposer sur un lien territorial, parfois interprété très largement.

Une disposition de droit de l'Union peut être appliquée à des situations extraterritoriales lorsqu'elle : 1) régit la conduite d'une activité dans l'Union par un opérateur de pays tiers ce qui est établi par un lien de rattachement ; 2) contribue à la réalisation d'objectifs poursuivis par le droit international ; 3) permet de prévenir l'utilisation de l'espace européen à des fins contraires au droit international.

Le droit international économique (notamment de l'OMC) impose le respect de règles particulières. Il limite la possibilité d'exiger une présence légale sur le territoire des États de l'Union. Il encadre la possibilité pour l'Union de prévoir des dispositifs de mise en œuvre et de sanction à l'encontre de sujets de pays tiers sous forme de mesures restrictives à l'accès au marché intérieur (interdiction de commercer, exclusion des marchés publics, prohibition d'acquisition de titres, etc.). Des mécanismes de « *soft responsibility* » sont en revanche possibles comme, par exemple, la publication de listes d'entreprises en non-conformité.

La pratique américaine et britannique de l'extraterritorialité

Selon la Cour suprême des États-Unis, il existe une « *présomption contre l'extraterritorialité* » : l'application de loi américaine est limitée au territoire national, sauf expression claire d'une intention contraire par le Congrès. Celui-ci doit toutefois respecter l'article I, section 8 de la Constitution américaine qui lui attribue le pouvoir de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les différents états...* ». Cela peut donner lieu à des conflits de lois américaine et étrangère que les tribunaux résolvent selon la doctrine dite « *comity* ».

Lorsque la loi américaine a des effets en dehors des États-Unis, elle a pour objet de réguler les acteurs américains et étrangers sur une base égalitaire, de réaliser des objectifs poursuivis par le droit international ou d'empêcher l'utilisation du territoire américain à des fins contraires au droit international. Sont ainsi poursuivis des objectifs « *justifiés* » au regard du droit international. Dans ce cadre, certaines lois américaines peuvent produire des effets extraterritoriaux sous le contrôle des juridictions.

Le droit américain prévoit des procédures de « *discovery* », qui peuvent avoir une nature extraterritoriale, dont la portée est amplifiée avec le développement du numérique. De même, il est admis que des activités criminelles ayant un impact sur les États-Unis fassent l'objet de poursuites extraterritoriales. Le droit américain se caractérise également par des sanctions décidées à l'encontre de sujets non-américains au titre de la politique étrangère, dont des sanctions « *secondaires* » qui bloquent l'accès au marché américain.



Eu égard à l'importance économique de l'accès au marché américain, les entreprises préfèrent recourir à des accords de transaction, encouragés par les acteurs judiciaires aux États-Unis. Par peur des sanctions, les entreprises étrangères pratiquent une « *surconformité* » et ont recours à des enquêtes internes.

Le Royaume-Uni a développé depuis quelques années une pratique de l'extraterritorialité qui prend une forme essentiellement pénale. En particulier, dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière, une politique législative a consisté à étendre la compétence juridictionnelle des autorités britanniques au-delà des frontières du territoire, comme l'illustrent quelques exemples (*Bribery Act 2010, Proceeds of Crime Act, 2002 et 4MLD*). Des procédures sont également mises en œuvre à l'encontre de sujets étrangers (*civil recovery orders, conspiracy*).

L'application des dispositions du droit de l'Union aux entités de pays tiers

La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît le principe de territorialité tel qu'il a été consacré en droit international public. Les dispositions du droit de l'Union ne s'appliquent qu'aux situations présentant un lien de rattachement avec le territoire des États membres.

Pour les opérateurs économiques, il ressort de la jurisprudence deux grands types de rattachement avec le droit de l'Union : soit par la présence effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre, soit par l'exercice d'une activité économique sur ce territoire. S'il constitue une exigence incontournable, le lien de rattachement présente un degré d'intensité variable selon les domaines du droit de l'Union (transports, numérique, services financiers, etc.).

La présence de l'opérateur sur le territoire constitue le moyen le plus efficace d'établir un lien de rattachement avec le droit de l'Union. Ce lien se manifeste par l'exigence imposée à l'opérateur de pays tiers de s'établir sur le territoire de l'Union ou de désigner un représentant légal pouvant faire office de point de contact dans l'Union.

Le rattachement peut être caractérisé par l'exercice d'une activité économique sur le territoire d'au moins un État membre de l'Union européenne. Le principe de territorialité exige néanmoins un certain degré d'intensité pour établir le lien de rattachement. La simple réalisation d'une opération commerciale dans l'Union ne suffit généralement pas. D'autres critères plus précis peuvent être utilisés pour matérialiser la présence économique dans l'Union européenne. Ils présentent des avantages et des inconvénients. Ce sont tout particulièrement le comptage des salariés, la cotation des titres, le chiffre d'affaires d'une entreprise. Les critères de la monnaie ou de langue sont nettement moins pertinents.

Un autre moyen efficace d'étendre le champ d'application du droit de l'Union consiste à recourir aux clauses contractuelles. En dehors de l'existence de traités internationaux ou d'un cadre juridique



international visant à faire prévaloir les règles de l'Union européenne au-delà des limites du territoire des États membres, le législateur européen peut imposer que figurent, dans certains contrats liant une entité de l'Union européenne à une entité étrangère, des clauses visant à faire reconnaître des principes de droit européen ou les pouvoirs de l'autorité compétente au sein de l'Union. Sont révélateurs les domaines de la protection des données personnelles et de la défaillance des établissements bancaires.

L'effectivité des dispositions du droit de l'Union appliquées à des entités de pays tiers

La question se pose de savoir si l'Union européenne peut exercer une contrainte à l'encontre de sujets qui sont établis en dehors du territoire de ses États membres. Il s'agit d'envisager les mesures permettant de garantir l'effectivité du droit de l'Union dans le respect des exigences de territorialité et d'identifier les autorités compétentes pour adopter ces mesures.

Les restrictions d'accès au marché intérieur peuvent prendre la forme de retrait d'agrément, d'autorisations ou de licences ou exclusions des marchés publics européens. Toutefois, elles posent d'importantes difficultés tant au regard du droit international public que du droit de l'Union européenne.

Le régime d'équivalence s'avère juridiquement plus aisé à mettre en place. Il ne constitue pas cependant une solution généralisable car il présuppose que le pays tiers garantisse le respect de règles et de standards européens à un niveau analogue à celui retenu dans l'Union. Or, toute la question est celle de régir l'activité d'entreprises qui ne respectent pas ces règles et standards parce qu'elles échappent à la juridiction de l'Union.

Les mesures restrictives de la politique étrangère et de sécurité commune ne présentent qu'un intérêt limité en ce qu'elles visent essentiellement à sanctionner des entités qui sont responsables d'actions de pays tiers constituant une menace pour la paix et la sécurité internationale (guerre, terrorisme, etc.).

Le législateur de l'Union peut consacrer un régime de sanctions pénales et financières à l'encontre d'entités de pays tiers. D'un côté, il lui est loisible d'imposer, par voie de directive, aux États membres de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de violations du droit de l'Union. De l'autre côté, un règlement peut habiliter la Commission ou un organisme de l'Union (comme une autorité européenne de surveillance) à exercer un pouvoir de sanction.

Le législateur de l'Union peut également consacrer un régime de mesures de nature « *réputationnelle* » (« *name and shame* » et/ou « *comply or explain* »). Cela peut prendre la forme de l'établissement par l'Union ou les États membres d'une liste publiée désignant les entités européennes et de pays tiers qui respectent ou ne respectent pas les obligations de droit de l'Union.



Le législateur de l'Union peut en outre renforcer le *private enforcement* afin de permettre plus facilement aux particuliers de mettre en cause la responsabilité des entreprises de pays tiers devant les tribunaux des États membres.

La Commission constitue l'institution de l'Union la mieux placée pour adopter les mesures de sanction ou réputationnelles. Elle peut agir, selon les cas, dans le cadre de procédures de délégation (article 290 TFUE) ou d'exécution (article 291 TFUE). Dans un cadre strictement délimité par la jurisprudence, le législateur peut aussi confier de tels pouvoirs à des organismes institués par le droit dérivé, à l'instar des autorités européennes de surveillance. Dans l'état actuel des traités, le Parquet européen n'est pas habilité à intervenir d'une quelconque façon, de sorte qu'il serait illusoire d'en faire un *Department of Justice* européen.

L'exemple du droit de la concurrence montre que la Commission peut conduire efficacement des procédures impliquant des entreprises de pays tiers. Toutefois, il est judicieux de développer la coopération avec les autorités de pays tiers pour permettre l'exécution effective du droit de l'Union. À cet effet, peuvent être conclus des accords internationaux, notamment dit de « *courtoisie* ». Les actes de droit dérivé ou le droit national prévoient le cas échéant une coopération spécifique entre les autorités de l'Union et des États membres et les autorités de pays tiers. Enfin, la coopération a vocation à se développer dans des réseaux plus ou moins institutionnalisés d'autorités européennes et nationales.



INTRODUCTION

En 2021, la Commission européenne a publié une communication notamment destinée « à renforcer le rôle de l'Union européenne (UE) sur la scène mondiale »². Si l'idée d'une « Commission géopolitique » renvoie à une réflexion éminemment politique, elle n'en pose pas moins des questions juridiques. Parmi celles-ci figure le problème de l'extraterritorialité, entendue comme la circonstance que des « mesures législatives ou réglementaires (...) ont vocation à s'appliquer au-delà du territoire d'un État souverain, et sans un lien suffisant avec ce pays »³.

Le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris a constitué un groupe de travail en vue de nourrir la réflexion juridique sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne, en s'interrogeant sur la mesure dans laquelle les dispositions de ce droit peuvent s'appliquer et produire des effets à l'égard de personnes, de biens ou de services situés en dehors du territoire des États membres de l'Union européenne.

Juridiquement, « il y a extra-territorialité de l'application d'une norme ou d'une décision, dès lors que tout ou partie de leur processus d'application – de l'édiction – se déroule en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme ou de cette décision »⁴. On distingue classiquement selon que l'extraterritorialité est « primaire » (application des normes ou décisions par l'État à des situations localisées en dehors de son territoire) ou « secondaire » (effets en dehors de son territoire de l'application par l'État d'une norme ou décision à une situation localisée sur son territoire)⁵.

En droit de l'Union européenne, la thématique de l'extraterritorialité est généralement conçue de deux manières.

La première conduit à l'envisager par un prisme protecteur en ce sens qu'il s'agit de répondre à des mesures adoptées par des pays tiers et produisant des effets à l'encontre de citoyens ou d'entreprises européens. L'exemple le plus significatif est celui des sanctions extraterritoriales américaines, à l'instar de celles infligées aux entreprises entretenant des relations avec l'Iran. La réaction de l'Union européenne s'est cantonnée à la mise en place d'un règlement dit de blocage⁶, dont la

² Commission européenne, *Système économique et financier européen : favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM(2021)32, p. 1.

³ Note 2.

⁴ B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 7-52, spéc. p. 9.

⁵ J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI Clunet*, 1985, p. 333.

⁶ Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil, du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, JOCE L 309, 29 novembre 1996, p. 1.



vocation principale est de neutraliser les effets des sanctions américaines à l'encontre des entreprises européennes. Ce règlement fait naître « *une série de problèmes juridiques non résolus jusqu'à ce jour et une variété de problèmes extrêmement pratiques, dont le fait que les sociétés européennes sont confrontées à des dilemmes impossibles* »⁷. Consciente des limites de ce règlement, la Commission a lancé une réflexion visant à sa modification⁸ tandis que la Cour de justice en a fourni une interprétation⁹. Le rapport n'a pas vocation à traiter de cette question déjà bien connue.

La seconde vision de l'extraterritorialité conduit à envisager l'application de dispositions du droit de l'Union à des situations relevant de pays tiers. La question n'est pas nouvelle qu'on pense par exemple aux sanctions infligées par la Commission européenne à Google pour des pratiques anticoncurrentielles ou encore à l'exigence imposée, notamment à cette entreprise américaine, de respecter le droit européen de la protection des données. Une telle application est envisagée pour des textes de droit dérivé en cours de préparation. On pense ainsi tout particulièrement à la révision de la directive initialement dite NFRD devenue CSRD¹⁰. La directive sur la publication d'informations non financières (NFRD)¹¹ a introduit l'obligation pour les entreprises de publier tant l'incidence des questions de durabilité sur leurs résultats, leur situation et leur évolution (point de vue interne), que l'incidence de leurs propres activités sur la population et l'environnement (point de vue externe). Dans quelle mesure une telle obligation serait juridiquement applicable à des entreprises de pays tiers ? Selon une logique analogue, ont été envisagés des textes sur la gouvernance d'entreprise durable¹² ou sur le « *devoir de vigilance* »¹³. La Commission européenne a finalement présenté une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité^{13bis}. La gouvernance d'entreprise durable a vocation à privilégier la création de valeur durable à long terme aux bénéfices à court terme. Le devoir de vigilance imposerait aux entreprises multinationales d'assurer une activité de production respectueuse des droits de l'homme et de l'environnement sur l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement. Ces

⁷ CJUE, Gde ch., 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Rech c/ Telekom Deutschland GmbH*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, conclusions Hogan, ECLI:EU:C:2021:386, pt 5.

⁸ Commission européenne, *Système économique et financier européen : favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM(2021)32.

⁹ CJUE, *Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Rech c/ Telekom Deutschland GmbH*, aff. C-124/20, précité.

¹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 21 avril 2021, COM(2021)189.

¹¹ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE L 330, 15 novembre 2014, p. 1.

¹² Document de consultation, Proposition d'initiative sur la gouvernance d'entreprise durable, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation>.

¹³ Speech by Commissioner Reynders in RDC webinar on due diligence, April 30, 2020, <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

^{13bis} Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, COM(2022) 71.



textes présentent ainsi des enjeux extraterritoriaux que la formulation de la question dix-sept de la consultation relative à la proposition d'initiative sur la gouvernance d'entreprise durable résume :

« *In your view, should the due diligence rules apply also to certain third country companies which are not established in the EU but carry out (certain) activities in the EU?* »¹⁴.

Cette réflexion est étroitement liée à celle suscitée par les chaînes d'approvisionnement internationales auxquelles les députés européens ont consacré une résolution¹⁵. La Commission européenne a quant à elle souligné dans le cadre du *Green Deal* qu' « *en tant que premier marché unique au niveau mondial, l'UE peut fixer des normes qui s'appliquent dans l'ensemble des chaînes de valeur mondiales* »¹⁶. Elle entend ainsi « *travailler à de nouvelles normes applicables en matière de croissance durable et à peser de tout son poids économique pour que soient élaborées des normes internationales conformes aux ambitions de l'UE dans les domaines de l'environnement et du climat* »¹⁷. Dans l'exposé des motifs de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, la Commission souligne ainsi que « *Les entreprises de l'UE opèrent dans un environnement complexe et s'appuient, en particulier les grandes entreprises, sur des chaînes de valeur mondiales. Compte tenu du nombre élevé de leurs fournisseurs dans l'Union et dans les pays tiers et de la complexité globale des chaînes de valeur, les entreprises de l'UE, y compris les grandes, peuvent rencontrer des difficultés pour recenser et atténuer, dans leurs chaînes de valeur, les risques liés au respect des droits de l'homme ou aux incidences sur l'environnement* »^{17bis}.

Cette nouvelle logique de l'extraterritorialité a été conceptualisée par Anu Bradford sous le terme de « *Brussels Effect* » qui peut être défini comme « *the EU's unilateral ability to regulate the global marketplace* »¹⁸. À la différence des États-Unis, l'Union européenne n'est pas une puissance mondiale en ce que lui font défaut les attributs traditionnels de la puissance étatique dans les relations internationales. Comme l'a souligné un avocat général, « *The EU is based exclusively on law, not on power... [and] that over the past sixty years or so law has made a unique contribution to the European story* »¹⁹. L'Union européenne est davantage encline à fonder sa projection internationale sur son droit en lui conférant une portée mondiale (*global reach*). À défaut d'une réelle puissance mondiale et d'une véritable politique étrangère, elle prend en effet appui sur la force attractive du marché exercée à l'endroit d'opérateurs ou de consommateurs de pays tiers. C'est tout l'esprit du « *Brussels Effect* » qui est tributaire de la force normative produite par les dispositions du droit de l'Union à l'encontre de sujets de droit de pays tiers. D'un côté, le marché intérieur de l'Union exerce

¹⁴ *Ibid.*, question 17.

¹⁵ Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), § 1. European Parliamentary Research Service, *Towards a mandatory EU system of due diligence for supply chains*, October 2020.

¹⁶ Communication de la Commission, *Le pacte vert pour l'Europe*, COM(2019)640, p. 26.

¹⁷ *Ibid.*

^{17bis} Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM(2022) 71, précité. Italiques ajoutés.

¹⁸ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 1.

¹⁹ F. JACOBS, "Foreword", in R. Schütze and T. Tridimas (eds), *Oxford Principles of European Union Law*, Vol. 1, *The European Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Cité par M. CREMONA, J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders, The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1.



un effet d'attraction à l'égard des entreprises de pays tiers qui entendent y accéder pour proposer leurs biens et services aux utilisateurs des vingt-sept États membres. De l'autre côté, il peut constituer l'aspérité sur laquelle prendre appui pour créer un lien de rattachement entre l'opérateur de pays tiers et le territoire des États membres, déclenchant l'applicabilité du droit de l'Union.

Le groupe de travail a constaté que l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne ainsi promue est envisagée par les acteurs selon un double prisme.

- L'extraterritorialité peut être protectrice : le droit de l'Union est un outil de protection pour les consommateurs européens de biens ou de services proposés par des entreprises de pays tiers ainsi qu'un instrument de défense des entreprises européennes contre des conditions de concurrence déséquilibrées (*level playing field*) dont bénéficient les opérateurs de pays tiers soumis, le plus souvent, à des normes moins exigeantes.

- L'extraterritorialité peut être offensive : le droit de l'Union est un vecteur de promotion des valeurs et des intérêts européens, en exigeant des sujets de droit de pays tiers le respect de règles reflétant un modèle économique, politique et social européen (démocratie, État de droit, économie de marché, etc.)²⁰. L'esprit du « *Brussels Effect* » est aussi de permettre à l'Union de se doter de la capacité de réglementer les marchés mondiaux en édictant des normes non seulement économiques, mais qui touchent aux droits de l'homme, à l'environnement, à la protection des données personnelles, etc.

Cette double dimension a conduit le groupe de travail à exprimer une remarque générale sur la thématique de l'extraterritorialité du droit de l'Union. Celle-ci pose des questions d'opportunité politique auxquelles il ne revient pas au Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris de répondre. En effet, l'extraterritorialité peut présenter un double effet pervers.

- D'une part, le risque est celui de réduire l'attractivité du marché intérieur en dissuadant l'offre de biens ou de services dans l'Union européenne de la part d'acteurs économiques internationaux compte-tenu du coût induit par la mise en conformité avec le cadre normatif européen.

- D'autre part, une vision trop offensive pourrait être facteur de tension dans les relations entre l'Union européenne et ses partenaires commerciaux. Autrement dit, le choix du meilleur calibrage de l'extraterritorialité est de nature purement politique.

Le groupe de travail a considéré que ces questions renvoient à une « *méthodologie d'extraterritorialité* » de nature politique dont l'objet serait de déterminer la mesure dans laquelle, et les modalités selon lesquelles, des dispositions de droit de l'Union sont applicables à des entités de pays tiers.

- Quels sont les objectifs poursuivis ?

- Quels sont les instruments mobilisés ?

- Quels sont les coûts et avantages pour l'Union européenne, les États membres et les entreprises européennes ?

²⁰ J. SCOTT, « *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law* », *American Journal of Comparative Law*, 2014, 62, pp. 87-126.



Cette problématique devrait conduire les responsables politiques à s'interroger sur l'opportunité d'une portée extraterritoriale du droit de l'Union, en procédant à une mise en balance entre objectifs politiques et économiques. D'un côté, il faut identifier les objectifs politiques poursuivis par l'Union (protection des droits de l'homme, lutte contre le changement climatique, protection des travailleurs, etc.). De l'autre côté, il convient d'apprécier les implications économiques de l'extraterritorialité que ce soit en vue de rétablir une égalité concurrentielle entre entreprises européennes et de pays tiers (*level playing field*) ou de fermer aux entreprises de pays tiers l'accès au marché intérieur

Eu égard à sa nature éminemment politique, la « *méthodologie d'extraterritorialité* » ainsi mise en exergue ne sera pas traitée par ce rapport dont la vocation est exclusivement de préciser **le cadre juridique dans lequel des dispositions de droit de l'Union peuvent revêtir une portée extraterritoriale.**

Il n'est pas réaliste de procéder à une étude exhaustive de l'ensemble du droit de l'Union, d'autant que l'extraterritorialité est finalement bien plus fréquente qu'on ne le pense. Il est donc proposé de circonscrire matériellement le champ du rapport au marché intérieur, entendu comme l'espace sans frontières intérieures où circulent librement marchandises, services, travailleurs et capitaux et où la concurrence est libre et non faussée. Le prisme du marché intérieur conduit à focaliser l'attention sur les services et les capitaux tout en englobant la production de biens et les conditions d'emploi. Quelques exemples choisis permettront d'illustrer le propos.

Le rapport s'articule autour de cinq parties.

Dans un premier temps, est exposée la contrainte du droit international qui fixe le cadre général d'une extraterritorialité européenne.

Dans un deuxième temps, sont examinés quelques dispositifs d'extraterritorialité pratiqués aux États-Unis et au Royaume-Uni.

Dans un troisième temps, sont analysés les mécanismes favorisant l'extraterritorialité en ce qu'ils permettent d'étendre le champ d'application des dispositions du droit de l'Union à des entités de pays tiers.

Dans un quatrième temps, sont envisagés des dispositifs d'extraterritorialité qui ont vocation à permettre l'application effective des dispositions du droit de l'Union à des entités établies dans des pays tiers.

Dans un cinquième temps, sont présentées les problématiques et recommandations du groupe de travail.



I- La contrainte du droit international

L'Union européenne considère que les sanctions extraterritoriales pratiquées par les États-Unis violent le droit international²¹. Elle estime que l'application extraterritoriale, par des pays tiers, de mesures à l'encontre d'opérateurs de l'UE est contraire au droit international car « ces mesures menacent l'intégrité du marché unique et des systèmes financiers de l'Union, réduisent l'efficacité de la politique étrangère de l'UE et mettent à rude épreuve les échanges et les investissements légitimes, en violation des principes fondamentaux du droit international »²². Cela implique que les dispositifs d'extension territoriale du droit de l'Union européenne doivent respecter le droit international. La Cour de justice de l'Union européenne veille en effet au respect du « principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public »²³. Aussi celui-ci constitue-t-il une contrainte de taille qu'il convient d'identifier.

1.1 - Considérations générales

L'extraterritorialité ne constitue pas une notion juridique à laquelle est rattaché un régime précis en droit international public. Il s'agit tout au plus d'un terme visant à désigner la situation où l'État s'emploie à exercer ses compétences au-delà de son territoire. Afin de déterminer si le droit international autorise, tolère ou condamne des situations d'extraterritorialité, on distingue selon que la compétence susceptible d'être exercée est exécutive, d'une part, ou normative et juridictionnelle, d'autre part.

S'agissant de la compétence exécutive, laquelle suppose le recours par l'État à des moyens de contrainte, les principes exprimés par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans son arrêt Lotus en 1927 demeurent pleinement valables²⁴ : le droit international interdit à tout État l'exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État, sauf règle de droit international contraire. Dans la mesure où il n'est pas question pour l'Union européenne d'exercer une compétence exécutive sur le territoire d'un autre État, cet aspect ne sera pas développé dans le présent rapport. En revanche, cela mettra en évidence la nécessité pour l'Union européenne d'accompagner l'extension territoriale de son droit d'une coopération avec les pays tiers pour en permettre l'exécution.

S'agissant de la compétence normative (la possibilité pour l'État de prescrire une norme générale de comportement) ou de la compétence juridictionnelle (la possibilité pour un État de soumettre à ses

²¹ Considérant 4 du règlement (CE) n° 2271/96, précité.

²² Commission européenne, *Système économique et financier européen : favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM(2021)32.

²³ CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c/ Commission* (dit « Pâtes de bois »), aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, ECLI:EU:C:1988:447, pt 18.

²⁴ CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, CPJI 1927 Série A n° 10.



tribunaux une situation donnée), la même jurisprudence Lotus a retenu en son temps une position libérale considérant, qu'en la matière, les États bénéficient d'une large liberté qui n'est limitée que par des règles prohibitives, et peuvent adopter les principes qu'ils jugent les meilleurs et les plus convenables.

Toutefois, cette approche mérite d'être nuancée car elle ne reflète plus la pratique qui repose, dorénavant, sur une approche permissive selon laquelle les États peuvent exercer leur compétence normative ou juridictionnelle dès lors qu'il existe un fondement de compétence reconnu :

- la compétence territoriale ;
- la compétence personnelle lorsque la situation concerne un national de l'État à l'étranger ;
- la compétence réelle dans les cas d'atteinte à l'étranger aux intérêts fondamentaux de l'État (tel que le faux-monnayage par exemple) ;
- la compétence internationale lorsqu'une convention internationale autorise ou oblige l'État à exercer sa compétence sur des faits s'étant déroulés à l'étranger et n'impliquant pas des nationaux de l'État en question (crime de torture, de piraterie, etc.).

On constate que le débat contemporain sur l'extraterritorialité en matière économique concerne moins des situations où les États entendent exercer des compétences ne présentant absolument aucun lien avec leur territoire (extraterritorialité pure) que des situations où l'exercice des compétences entend reposer sur un lien territorial, mais interprété parfois de manière très extensive par le biais d'un découplage entre conduite et éléments de rattachement. Il faut en effet dans ce cadre faire une distinction entre :

- d'une part, la conduite à réguler qui se déroule à l'étranger (pratique anti-concurrentielle, acte de corruption, transaction prohibée dans le cadre de sanctions, violations des droits de l'homme, atteintes environnementales, etc.) et
- d'autre part, des éléments de rattachement qui permettent d'établir une connexion entre la conduite visée et le territoire de l'État qui entend exercer sa compétence.

Ce découplage a déjà été admis dans le domaine très spécifique du droit de la concurrence où, en tant qu'élément de rattachement, la théorie des effets a été acceptée, notamment par la Cour de justice de l'Union européenne qui l'envisage, en s'alignant sur la solution retenue par le droit américain, comme une extension du principe de territorialité²⁵. Pour que cette théorie soit retenue,

²⁵ CJCE, A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c/ Commission (dit « Pâtes de bois »), aff. 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, précité ; CJUE, 9 juillet 2015, InnoLux Corp. c/ Commission, aff. C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 ; CJUE, Gde ch., 6 septembre 2017, Intel Corporation Inc., aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.



il faut néanmoins que les effets de la conduite sur le territoire de l'État qui cherche à les réguler soient *directs, substantiels et prévisibles*. Si des effets de cette nature peuvent être constatés en matière de pratiques anticoncurrentielles, ils sont davantage éventuels et indirects dans d'autres domaines. Il en est ainsi des critères de rattachement employés dans les programmes de sanctions américaines qui utilisent, par exemple, comme lien de rattachement le *clearing* d'une transaction en dollars via une institution financière localisée sur le territoire des États-Unis.

Les différents fondements de compétence ne s'apprécient pas nécessairement de manière strictement isolée, mais peuvent aussi s'appréhender de façon combinée. Ainsi, une convention internationale peut habiliter les États à exercer une forme de compétence universelle sur des situations ne présentant pas de lien direct avec leur territoire (torture, piraterie, etc.), mais peut aussi les inviter à exercer leur compétence (par exemple leur compétence territoriale) de manière plus extensive. Par exemple, l'article 4(1) de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales indique que l'État doit exercer sa compétence « *lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire* ». Le commentaire de cette disposition de la convention²⁶ précise que « *la compétence territoriale devrait être interprétée largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé* ». L'article 4(3) de cette convention invite d'ailleurs les États à examiner l'efficacité en pratique des fondements de compétence retenus et à prendre, le cas échéant, « *les mesures correctrices appropriées* ». Cette convention constitue donc une illustration intéressante d'une synergie possible entre un fondement de compétence conventionnel et un fondement de compétence territorial, le second pouvant être envisagé avec plus de flexibilité compte tenu de l'existence du premier.

1.2 - Les contraintes relatives à la définition du champ d'application du dispositif extraterritorial de l'Union européenne

Deux situations ne soulèvent aucune difficulté du point de vue de la théorie des compétences en droit international. D'une part, les dispositions de l'Union sont applicables aux opérateurs de pays tiers qui disposent d'un établissement sur le territoire d'un État membre : cette situation est couverte par le principe de compétence personnelle. D'autre part, les dispositions de l'Union sont applicables aux activités réalisées dans le marché intérieur de l'Union européenne par des opérateurs de pays tiers : cette situation est couverte par le principe de compétence territoriale.

En revanche, la question de l'application d'une réglementation européenne à des sociétés établies en dehors de l'Union européenne, en prenant appui, comme lien de rattachement, sur des activités – notamment économiques – que ces sociétés exerceraient en lien avec l'Union européenne, est plus

²⁶ *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.*



délicate. En effet, il ne s'agit pas d'une situation où la conduite à réguler imputable à la société non européenne s'est déroulée en tout ou partie sur le territoire de l'Union européenne (par exemple acte de corruption) ou y produit des effets directs, substantiels et prévisibles (par exemple pratiques anti-concurrentielles). Il s'agit davantage de pouvoir imposer aux sociétés non européennes certaines règles générales relatives à leur fonctionnement (par exemple en ce qui concerne leur gouvernance, leur responsabilité sociale et environnementale, leur *reporting* financier, etc.) et qui concernent des activités se déroulant en dehors de l'Union européenne (par exemple le respect de certains standards environnementaux et sociaux dans les chaînes de valeur globale, etc.).

Il est délicat à ce stade d'envisager l'ensemble des situations et de formuler des conclusions générales sur ce que permet, interdit ou impose le droit international. Il est davantage question d'évaluer la pertinence et la proportionnalité d'une intervention réglementaire de l'Union européenne en rapport aux objectifs poursuivis. On comprend aisément qu'il existe une différence entre, d'une part, exiger d'une société non européenne qu'elle publie certaines informations sur les standards sociaux et environnementaux, nationaux ou internationaux, applicables dans le cadre de ses activités à l'étranger et, d'autre part, exiger qu'elle se conforme à certains standards définis unilatéralement par l'Union européenne pour régir ces mêmes activités.

Le présent rapport apprécie si des liens de rattachement permettent d'étendre l'application du droit de l'Union à des entreprises de pays tiers pour des comportements adoptés en dehors du territoire des États membres (voir partie III). L'idée est notamment celle de fonder ce lien sur la seule présence économique dans l'Union européenne que peut caractériser la réalisation d'un certain chiffre d'affaires dans le marché intérieur ou encore la cotation de la société sur un marché financier dans l'Union européenne. Au regard du droit international, ce rattachement par la présence économique dans l'Union européenne appelle **quatre remarques**.

1°) La conduite d'une activité dans l'Union européenne peut se rattacher par extension au principe de territorialité reconnu en droit international.

La conduite par une société non européenne d'une activité économique dans l'Union européenne témoigne d'un choix de cette dernière de cibler le marché intérieur. Une analogie peut être dressée avec l'arrêt *Air Transport Association of America* dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a retenu que « *ce n'est que si les exploitants de tels aéronefs font le choix d'exploiter une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'aérodromes situés sur le territoire des États membres que, parce que leurs aéronefs utilisent de tels aérodromes, lesdits exploitants sont soumis au système d'échange de quotas* »²⁷. L'intention de cibler le marché intérieur peut être rattachée par extension au principe de territorialité.

²⁷ CJUE, Gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et al. c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, pt 133.



2°) La réglementation européenne peut contribuer à la réalisation d'objectifs poursuivis par le droit international.

La volonté de l'Union d'étendre l'application de certaines de ses dispositions à des entités relevant d'États tiers du fait d'une présence économique dans le marché intérieur pourrait être justifiée, dès lors que cette réglementation participe à la réalisation d'objectifs poursuivis par le droit international.

À titre d'exemple, si l'Union européenne envisage certains dispositifs contribuant à assurer une meilleure effectivité de règles relatives à la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (à l'instar d'un « *devoir de vigilance* » européen), elle ne ferait pas prévaloir des choix réglementaires subjectifs, mais chercherait à se mettre en conformité avec les principes de droit international permettant aux États d'envisager leur compétence de manière assez large en la matière. Par exemple, le tribunal arbitral dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* a considéré, en se fondant sur les « *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* » adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, que « *international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation* »²⁸.

Ainsi, dans le cadre d'un dispositif « *vigilance* » qui répond à une exigence du droit international, les États doivent pouvoir en définir le champ d'application permettant d'en assurer l'effectivité²⁹. Dans la mesure où un dispositif « *vigilance* » applicable aux seules entreprises établies dans l'Union européenne impliquerait une distorsion de concurrence avec les entreprises non européennes, les États devraient pouvoir ajuster leur base de compétence pour assurer l'effectivité de cette réglementation permettant la mise en œuvre de principes de droit international. Il faut également souligner que fonder un tel dispositif sur le droit international en la matière (droit international des droits de l'homme, normes sociales fondamentales de l'OIT, etc.) et sur les standards internationaux serait nécessaire pour assurer la compatibilité de certaines sanctions envisagées (par exemple des restrictions économiques) avec le droit de l'OMC. Placer le dispositif dans l'orbite du droit international ou de standards internationaux s'avère donc essentiel, aussi bien pour le justifier en amont du point de vue de l'exercice des compétences qu'en aval du point de vue de son efficacité, sauf à devoir limiter les obligations de transparence et de prévention au seul territoire de l'Union européenne.

²⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1195.*

²⁹ Il est possible ici de faire un lien avec ce que prescrit l'article 4(4) de la convention anti-corruption de l'OCDE mentionné ci-dessus.



3°) La réglementation européenne peut permettre de prévenir l'utilisation de l'espace européen à des fins contraires au droit international.

Le droit international contemporain met l'accent sur les obligations de diligence ou de vigilance des États³⁰. Ces obligations reposent sur le principe général que le territoire d'un État ne peut être utilisé à des fins contraires au droit international (que l'on peut rattacher par extension à la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*³¹). Par exemple, si l'Union européenne vient à mettre en œuvre un dispositif « *devoir de vigilance* » qui s'appliquerait à des sociétés d'États tiers qui conduisent des activités économiques dans l'Union européenne, elle chercherait également à prévenir que le marché européen rémunère des activités dans des chaînes de valeur globales participant à des violations des droits de l'homme, du droit international de l'environnement ou encore des normes sociales fondamentales.

4°) Le droit international économique limite la possibilité d'exiger une présence légale sur le territoire des États membres de l'Union européenne.

À titre plus subsidiaire, il convient de préciser quelques limites posées par le droit international économique si la réglementation européenne envisage d'exiger de la part des sociétés d'États tiers, proposant des produits ou des services dans l'Union européenne, d'y établir une présence légale. Celle-ci caractériserait un « *point de contact* » ou un « *proxy* » permettant de disposer d'une base de compétence territoriale et personnelle plus affirmée pour l'application d'une réglementation européenne.

Il s'avère qu'une telle exigence, s'appliquant indistinctement à toutes les importations de produits ou services, pourrait impliquer des restrictions contrevenant à certains engagements internationaux de l'Union européenne et de ses États membres, notamment ceux de l'OMC.

Certes, imposer une présence légale dans l'Union européenne peut se justifier, par exemple pour certains types de services, pour diverses raisons (protection du consommateur, considérations prudentielles, intégrité des opérations, etc.). De telles exigences existent d'ailleurs dans les listes d'engagements des États membres de l'OMC qui ont été élaborées dans le cadre du GATS. Elles seraient toutefois difficilement concevables et justifiables pour tous les produits importés dans l'Union européenne, compte tenu des risques d'incompatibilité avec le droit de l'OMC. Elles constitueraient, en effet, une mesure ayant des effets restrictifs au commerce (impliquant par

³⁰ S. BESSON, « *La due diligence en droit international* », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 409, 2020, p. 153 et s.

³¹ Il s'agit du principe à partir duquel se décline tout un ensemble d'obligations positives dans des domaines très variés (*lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux, protection de l'environnement, etc.*).



exemple des restrictions quantitatives) puisqu'elles subordonneraient l'importation des produits dans l'Union européenne à la réalisation de conditions préalables (établir une présence) qui pourraient être contestables dans le sens où il ne s'agirait pas de la mesure la moins contraignante du point de vue commercial afin de réaliser l'objectif poursuivi.

1.3 - Les contraintes relatives aux dispositifs de mise en œuvre et de sanction des règles extraterritoriales de l'Union

Afin de garantir l'effectivité d'une réglementation applicable à des entreprises d'État tiers pour des activités économiques conduites dans l'Union européenne, des dispositifs de mise en œuvre et de sanction peuvent être envisagés, posant l'incontournable question de l'extraterritorialité secondaire. Certaines mesures qui pourraient être envisagées par l'Union pour assurer l'effectivité de ses règles sont susceptibles de présenter des incompatibilités avec certaines règles de droit international, notamment avec le droit de l'OMC.

1.3.1 - Les mesures restrictives

En cas de manquement aux obligations fixées par le droit de l'Union, il pourrait être envisagé d'utiliser le levier du marché intérieur européen pour assurer une effectivité du dispositif au moyen de « *mesures restrictives* ». Celles-ci peuvent consister à :

- interdire aux entreprises situées dans l'Union européenne de commercer avec les entreprises de pays tiers concernées ;
- exclure l'ensemble des sociétés du groupe consolidé de l'accès aux marchés publics dans les États membres de l'Union européenne ;
- proscrire à des investisseurs européens de détenir des titres des sociétés du groupe ;
- interdire l'accès ou exclure des sociétés du groupe aux marchés financiers situés dans l'UE (avec les risques de baisse d'attractivité des marchés que cela comporte), etc.

La question de la compatibilité de telles mesures avec les accords économiques conclus par l'Union européenne se pose que ce soit, en particulier pour les accords de l'OMC ou les accords de libre-échange ou d'association.

S'agissant de la compatibilité avec le droit de l'OMC, la question se pose non pas parce que la mesure européenne serait applicable à des entreprises non européennes, mais dans la mesure où des restrictions économiques s'appliqueraient aux importations dans l'Union européenne de produits de toute entreprise ou affecteraient des prestations de services dans l'Union européenne de prestataires étrangers³².

³² Pour les services, cela concerne uniquement ceux qui sont libéralisés dans les listes d'engagements de l'Union européenne au titre de l'accord commercial sur le commerce des services (GATS).



Toutefois, la restriction économique envisagée qui contreviendrait à l'une des obligations des États membres de l'OMC (par exemple restriction quantitative au regard du GATT résultant d'une interdiction d'importation) pourrait être justifiée sur le fondement de l'une des exceptions prévues par ces accords. Par exemple, l'article XX du GATT autorise les États à prendre les mesures « *a) nécessaires à la protection de la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; (...) g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables* ».

Au-delà du GATT (commerce des marchandises) et du GATS (commerce des services), il convient également d'avoir à l'esprit que les mesures restrictives concernant l'accès aux marchés publics pourraient éventuellement être contraires au droit de l'OMC dans la mesure où elles viseraient des prestataires étrangers provenant d'États parties à l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC conclu en 2012³³.

Le droit de l'OMC comprend également plusieurs règles spécifiques permettant de contester directement la réglementation d'un État membre qui ne serait pas considérée comme suffisamment objective ou rationnelle. On retrouve cette exigence, par exemple, dans le cadre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) qui est applicable à toute mesure « *qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent* ». Aux termes de cet accord, les États parties doivent s'assurer que les mesures OTC « *n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international* » et qu'à cette fin, ces règlements techniques « *ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait* ». Une exigence similaire se retrouve également dans l'accord sur le commerce des services (GATS) qui exige que la réglementation intérieure soit administrée dans le domaine « *d'une manière raisonnable, objective et impartiale* ».

Que l'on se place sur le terrain des exceptions (par exemple l'article XX du GATT) ou celui de l'appréciation objective des réglementations nationales (Accord OTC, GATS, etc.), il est utile de souligner que le droit et la jurisprudence de l'OMC accueillent plus favorablement les mesures nationales qui reposent sur des règles multilatérales lorsque ces mesures ont pour objectif la protection d'un intérêt général (protection de l'environnement, de la santé, etc.). À cet égard, la jurisprudence de l'OMC a censuré des mesures restrictives visant la protection de l'environnement dès lors que celles-ci reposaient sur des standards unilatéraux qui avaient fait l'objet de mesures d'équivalence reconnues pour certains États et discrétionnairement refusées à d'autres³⁴.

³³ Soit vingt États en plus les États membres de l'Union européenne, correspondant à peu près aux États membres de l'OCDE.

³⁴ V. affaire États-Unis – Crevettes de 1998 : dans cette affaire, l'Organe d'appel de l'OMC avait censuré l'initiative américaine à dimension extraterritoriale – même s'il a reconnu un intérêt des États à adopter des mesures pour la protection des tortues marines qui se situaient en dehors des zones maritimes américaines – en précisant néanmoins qu'il a aussi relevé que ces tortues pouvaient occasionnellement, se trouver dans les eaux territoriales américaines, justifiant ainsi l'intérêt des États-Unis sur la base d'un lien territorial. Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/23.



Dès lors que les mesures restrictives reposent plus généralement sur des règles reconnues en droit international coutumier (droit international des droits de l'homme, normes sociales fondamentales de l'OIT, etc.) ou des standards internationaux (émis par des institutions internationales dont l'accès est ouvert à des représentants de tous les membres de l'OMC – y compris si certains de ces représentants sont des instances privées comme en témoigne l'exemple de l'ISO), elles peuvent être justifiées plus aisément au titre des exceptions (article XX du GATT, article XIV du GATS) ou être présumées conformes au droit de l'OMC (article 2.4 de l'Accord OTC, article VI(5) du GATS, etc.). Il est, dans ce cadre, particulièrement important de fonder la réglementation européenne applicable à des sociétés d'États tiers sur de tels référentiels internationaux afin « *d'objectiver* » l'intervention réglementaire de l'Union et donc de préserver sa légalité au regard du droit de l'OMC lorsque pourraient être évaluées les mesures commerciales restrictives applicables aux entreprises qui ne se conformeraient pas au dispositif.

Il convient aussi de faire une claire distinction entre, d'une part, l'extraterritorialité procédurale du dispositif qui s'appliquerait aux entreprises non européennes et, d'autre part, la substance des obligations dont la mise en œuvre est attendue et qui se placeraient dans l'orbite du droit international et des standards internationaux. L'idée est, dès lors, qu'il ne s'agit pas d'imposer des normes substantielles de comportement d'origine européenne (par exemple, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Charte sociale européenne, etc.), mais bien des normes substantielles d'origine internationale.

1.3.2 - La « *soft responsibility* »

Au-delà des mesures restrictives, peuvent également être envisagés des mécanismes de *soft responsibility* : que l'on songe, notamment, à la publication de listes noires d'entreprises en non-conformité ou à l'intégration des standards de vigilance dans des labels destinés à informer les consommateurs.

Si ces mesures de *shaming* n'emportent pas de sanctions juridiques à proprement parler, elles peuvent néanmoins présenter des incompatibilités avec certaines règles de droit international. En effet, du point de vue du droit de l'OMC, de simples recommandations pourraient être considérées comme des mesures restrictives si, dans les faits, elles seraient de nature à contraindre les opérateurs économiques. Dans une affaire datant de l'époque du GATT, une telle approche avait été retenue par un panel à propos du monitoring du ministre du commerce sur les prix à l'export pratiqué par des opérateurs économiques japonais, ce panel considérant que, dans les faits, « *les mesures prises par le gouvernement japonais n'avaient pas besoin d'être juridiquement contraignantes pour prendre effet* » car il existait suffisamment d'incitations et de dés-incitations conduisant les opérateurs à s'y conformer³⁵.

³⁵ Japan - Trade in Semi-Conductors, Report of the Panel adopted on 4 May 1988, L/6309 - 35S/116.



L'approche pourrait néanmoins être différente dans le cas d'une stratégie de « *liste noire* » cherchant à informer les consommateurs des pratiques de certaines entreprises. Si, par exemple, l'Union européenne venait à fortement inciter la création de labels pour les produits sur la base de ces listes (recommandant par exemple de ne pas utiliser les produits figurant sur ces listes dans le cadre de marchés publics), cela pourrait être considéré comme, *de facto*, une mesure restrictive imputable à l'État. En revanche, si l'Union européenne ou les États membres laissaient la société civile (ONG, associations de consommateurs, etc.) se saisir de ces listes et créer des labels ou standards de marché, il serait plus délicat de considérer qu'il s'agit d'une mesure restrictive attribuable à la puissance publique. Tout est donc une affaire de dosage pour ce qui concerne l'intensité de l'intervention de l'État dans le cadre de tels mécanismes de *soft responsibility*.

En tout état de cause, si de telles mesures étaient fondées sur des standards internationaux, il serait – en rapport avec ce qui a été évoqué ci-dessus – difficile de les contester au regard du droit de l'OMC.

II- La pratique américaine et britannique de l'extraterritorialité

Début 2021, la Commission européenne a présenté une communication dans laquelle elle souligne la nécessité de renforcer la résilience de l'Union européenne face aux effets de l'application extraterritoriale illégale de sanctions unilatérales et d'autres mesures par des pays tiers³⁶. La Commission insiste sur la nécessité d'une « *politique plus ferme pour lutter contre l'application extraterritoriale illégale de sanctions unilatérales et d'autres mesures par des pays tiers* »³⁷. Cependant, une étude plus poussée de cette extraterritorialité montre une pratique bien plus subtile par les États-Unis ou par le Royaume-Uni qui peut, dans une certaine mesure, constituer une source d'inspiration pour l'Union européenne.

2.1 - La pratique des États-Unis

L'application extraterritoriale des lois des États-Unis est souvent vivement critiquée en France et en Europe. Les États-Unis pratiqueraient une politique agressive d'extraterritorialité en exploitant le poids de leur économie et l'importance du dollar dans le commerce mondial, pour imposer de manière unilatérale une vision géopolitique américaine au-delà de leurs frontières. Cette politique serait soutenue par un réseau de procureurs agressifs, prêts à imposer des sanctions dont les montants ne respecteraient guère le principe de proportionnalité.

³⁶ Commission européenne, *Système économique et financier européen: favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM/2021/32.

³⁷ *Ibid.*



La réalité s'avère bien plus complexe. La Cour suprême applique une « *présomption contre l'extraterritorialité* » selon laquelle l'application de la loi américaine est limitée au territoire national, sauf expression claire d'une intention contraire par le Congrès. Lorsque la loi américaine a des effets à l'étranger, dans la grande majorité des cas, elle a pour objet de réguler les acteurs américains et non-américains sur une base égalitaire (règlement des marchés, réglementation bancaire, procédures civiles et pénales), ou de réaliser des objectifs poursuivis par le droit international ou la communauté internationale (lutte contre l'évasion fiscale, le terrorisme ou la prolifération nucléaire) ou d'empêcher l'utilisation du territoire américain à des fins contraires au droit international (anti-blanchiment, anti-corruption). Les États-Unis poursuivent ainsi des objectifs « *justifiés* » au regard du droit international. Toutefois, ils procèdent parfois par des moyens considérés comme illégitimes par certains observateurs.

2.1.1 - Le fondement de l'extraterritorialité de la loi américaine

2.1.1.1 - La présomption contre l'extraterritorialité

Dans son interprétation des lois adoptées par le Congrès, la Cour suprême applique systématiquement une « *présomption contre l'extraterritorialité* » selon laquelle « *le droit américain s'applique sur le territoire national mais ne gouverne pas le monde* »³⁹. En termes plus concrets, « *[i]l s'agit d'un "principe de longue date du droit américain selon lequel la législation du Congrès, à moins qu'une intention contraire n'apparaisse, n'est censée s'appliquer que dans les juridictions faisant partie du territoire des États-Unis"* »⁴⁰. En conséquence, « *lorsqu'une loi ne donne aucune indication claire d'une application extraterritoriale, elle n'en a pas* »⁴¹.

Dans le secteur financier, la présomption contre l'extraterritorialité est illustrée par la décision rendue par la Cour suprême en 2010 dans l'affaire *Morrison c. National Australia Bank Ltd*⁴². Dans cette affaire, un groupe d'investisseurs australiens qui avaient acheté des actions de la National Australia Bank en Australie a poursuivi la banque aux États-Unis, alléguant une fraude dans le cadre de la préparation des états financiers de la banque liée à la survalorisation de certains actifs par l'une de ces filiales américaines. Selon la jurisprudence rendue avant l'arrêt *Morrison*, la compétence des tribunaux américains en matière de fraude affectant les comptes des sociétés non-américaines s'étendait aux litiges fondés sur des actions ou omissions ayant lieu sur le territoire des États-Unis

³⁸ Voir le II.B du présent rapport.

³⁹ *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 454 (2007).

⁴⁰ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244, 248 (1991) (*Aramco*) (citant *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U. S. 281, 285 (1949)).

⁴¹ *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 248 (2010).

⁴² *Ibid.*



(« *conducts* »), ou produisant des effets importants aux États-Unis (« *effects* »). Les plaignants dans l'affaire *Morrison* ont procédé sur le fondement du premier critère (« *conducts* »), parce que l'origine de la fraude comptable était la survalorisation des actifs par la filiale américaine. La Cour suprême a refusé d'appliquer le critère de la « *conduite et des effets* ». Elle s'est plutôt prononcée contre l'application extraterritoriale de la Loi de 1934 sur les marchés financiers (*Securities Exchange Act of 1934*, « *Exchange Act* »), loi sur laquelle la plupart des affaires de fraude en matière de valeurs mobilières aux États-Unis se fondent, au motif que l'*Exchange Act* ne contient aucun élément indiquant la volonté du Congrès de voir cette loi s'appliquer à l'extérieur des États-Unis. Au contraire, la Cour suprême a estimé que la section 10(b), considérée comme la disposition antifraude de l'*Exchange Act*, ne s'applique qu'aux demandes fondées sur des opérations portant sur des valeurs mobilières cotées sur une bourse américaine, ou fondées sur des opérations réalisées sur le territoire américain sur des valeurs mobilières non-cotées aux États-Unis. Puisque les plaignants australiens poursuivaient la banque australienne pour des pertes liées à l'achat d'actions de la banque en Australie, la Cour suprême a jugé que la section 10(b) de l'*Exchange Act* ne s'appliquait pas. Une conséquence importante de cette décision est que, depuis 2010, les recours collectifs américains pour fraude en matière de valeurs mobilières contre des sociétés non américaines ne peuvent pas inclure dans la classe des demandeurs les investisseurs qui achètent leurs titres en dehors des États-Unis, à moins que les titres soient cotés sur une bourse américaine.

La présomption de la Cour suprême contre l'extraterritorialité n'est qu'une présomption. Elle n'empêche pas le Congrès de légiférer sur une base extraterritoriale, mais signifie simplement que celui-ci doit clairement afficher son intention de le faire. Ainsi, dans l'affaire *RJR Nabisco Corp. c. European Community*, la Cour suprême a estimé que le Congrès avait exprimé l'intention d'appliquer certains articles de la Loi RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) aux conspirations mondiales organisées en dehors des États-Unis, bien qu'elle ait aussi décidé (sur la base de la présomption) que cette extraterritorialité ne s'appliquait que dans le cadre d'une action pénale ou administrative, alors que les plaignants privés pouvaient intenter une action en dommages-intérêts uniquement pour des préjudices liés aux activités se situant aux États-Unis⁴⁴.

2.1.1.2 - Le fondement constitutionnel de l'application extraterritoriale de la loi américaine

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *RJR Nabisco* ne signifie pas que la loi RICO peut s'appliquer à une conspiration ne présentant aucun lien avec les États-Unis. Au contraire, la Cour suprême a estimé que la loi ne s'appliquait qu'aux entreprises se livrant au racket qui étaient engagées

⁴³ *Itoba Ltd. v. Lep Group PLC*, 54 F.3d 118, 123 (2d Cir., 1995) ; *Leasco Data Processing Equip. Corp. v. Maxwell*, 468 F.2d 1326 (2d Cir., 1972) ; *Schoenbaum v. Firstbrook*, 405 F.2d 200, 206-09 (2d Cir.), rev'd with respect to holding on merits, 405 F.2d 215 (2d Cir. 1968) (en banc), cert. denied sub nom. *Manley v. Schoenbaum*, 395 U.S. 906, 89 S.Ct. 1747, 23 L.Ed.2d 219 (1969).

⁴⁴ 136 S.Ct. 2090 (2016).



dans, ou affectaient, « *le commerce entre les états ou le commerce étranger* » (le « *commerce étranger* » ayant le sens du commerce entre les États-Unis et des pays étrangers, et non le commerce impliquant uniquement les acteurs et les activités étrangères).

La limitation de l'application du droit américain aux questions impliquant « *le commerce entre les états et le commerce étranger* » reflète les limites constitutionnelles du pouvoir du Congrès de légiférer en matière commerciale. L'article I, section 8 de la Constitution des États-Unis donne au Congrès le pouvoir de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les différents états...* ». S'agissant du fondement constitutionnel pour la législation américaine affectant le commerce, les termes de cette disposition figurent régulièrement dans les textes législatifs.

Par conséquent, de nombreuses lois n'interdisent pas directement le comportement visé, mais plutôt « *l'utilisation du courrier et des moyens de commerce entre états* » dans le cadre de ce comportement. Par exemple, la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977 rend illégal (i) pour tout émetteur de titres enregistré auprès de la SEC (ou ses administrateurs, dirigeants, agents, employés ou actionnaires agissant en son nom), ou toute autre personne physique ou morale américaine, « *l'utilisation du courrier ou de tout moyen ou instrument du commerce entre états à des fins de corruption en vue d'une offre, d'un paiement, d'une promesse de paiement ou d'une autorisation de paiement d'une somme d'argent* » à un fonctionnaire d'un gouvernement étranger à des fins interdites par la loi, ou (ii) pour tout émetteur, individu ou entité américaine, de « *commettre un acte de corruption en dehors des États-Unis* » dans le même but⁴⁵. La première clause interdit à tous les émetteurs (nationaux et étrangers) d'utiliser les moyens du commerce aux États-Unis pour effectuer des paiements corrompus, tandis que la seconde clause, qui prohibe directement les actes de corruption ayant lieu en dehors des États-Unis, ne s'applique qu'aux entités et individus américains, sur la base du pouvoir du Congrès de réglementer le commerce extérieur (commerce entre les États-Unis et d'autres pays).

2.1.1.3 - Le problème de conflits de lois

Lorsque le Congrès décide de légiférer sur une base extraterritoriale, il existe, par définition, un risque important de conflit avec les lois d'autres pays. Conscients de ce risque de conflit, les tribunaux américains appliquent souvent (et, dans certains cas, sont tenus par la législation d'appliquer ou, du moins, de prendre en considération) la doctrine dite « *comity* » selon laquelle un tribunal américain peut donner effet aux lois ou aux décisions judiciaires étrangères tout en s'abstenant d'appliquer des exigences juridiques américaines qui seraient en contradiction avec celles-ci. La doctrine « *comity* » est généralement définie comme « *la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, en tenant compte à la fois des obligations*

⁴⁵ *Foreign Corrupt Practices Act, 1977, 15 U.S.C. § 78dd-1.*



et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou d'autres personnes qui se trouvent sous la protection de ses lois »⁴⁶. Toutefois, la doctrine « *comity* » est largement laissée à la discrétion des tribunaux, qui apprécient, en tenant compte de nombreux facteurs, si et dans quelle mesure, il convient de donner la priorité aux lois et décisions non américaines.

Outre le « *comity* », les conflits entre les lois américaines et non américaines peuvent être résolus par des exemptions spécifiquement prévues par la législation ou accordées par des agences indépendantes (telles que la SEC ou la CFTC), ou par des accords de coopération entre les agences américaines et leurs homologues internationaux.

2.1.2 - Regulation S : la règle extraterritoriale contre l'extraterritorialité

En 1990, la SEC a adopté le règlement dit *Regulation S* en application de la Loi sur les valeurs mobilières de 1933 (« *Securities Act* »). Selon la déclaration générale intégrée au début de la *Regulation S*, « les termes offre, offre de vente, vente et offre d'achat sont réputés inclure les offres et les ventes qui ont lieu aux États-Unis et sont réputés ne pas inclure les offres et les ventes qui ont lieu en dehors des États-Unis »⁴⁷.

Il peut sembler curieux que la SEC se soit sentie obligée d'adopter un règlement dans un but aussi évident que de prévoir que les offres et les ventes de titres en dehors des États-Unis ne sont pas soumises aux exigences d'enregistrement du *Securities Act*. Cela s'explique par l'histoire. Dans les années qui ont suivi l'adoption du *Securities Act* en 1933, certains acteurs du marché ont tenté d'éviter l'enregistrement auprès de la SEC en offrant des titres à l'étranger, puis en les cédant immédiatement aux États-Unis. La SEC a estimé que ces opérations étaient abusives et constituaient des offres indirectes aux États-Unis. Au fil des ans, elle a émis un certain nombre de lettres interprétatives (« *no-action letters* ») fournissant des orientations pour permettre la réalisation des offres légitimes de titres en dehors des États-Unis sans enregistrement, tout en interdisant les opérations factices non enregistrées⁴⁸.

Les positions de la SEC dans ces lettres de non-intervention ont été codifiées dans la *Regulation S*. Outre la déclaration générale, celle-ci prévoit des « *safe harbors* » non exclusifs qui, s'ils sont respectés, donnent aux acteurs du marché l'assurance que leurs opérations non américaines seront considérées comme étant effectuées en dehors des États-Unis. Les « *safe harbors* » s'appliquent lorsque (i) les offres ont lieu en dehors des États-Unis, (ii) aucun « *effort de vente dirigé* » (« *directed selling efforts* ») (c'est-

⁴⁶ W. S. DODGE, "International Comity in American Law", 115 Colum. L.Rev. 2071 (2015).

⁴⁷ Règles et règlements 5 du *Securities Act* de 1933, 17 CFR § 230.901 (2021).

⁴⁸ *Securities and Exchange Commission*, Release N° 33-6863 ; 34-27942 ; IC-17458 ; 17 CFR Parts 200 AND 230 ; RIN : 3235-AD23 ; *International Series*, Release N° 122 (24 avril 1990).



à-dire des communications ou autres efforts visant à conditionner le marché américain à la revente des titres) n'est produit, et (iii) les parties imposent des restrictions sur les reventes aux États-Unis dont la substance et le volume dépendent de l'existence d'un marché substantiel pour les titres aux États-Unis⁴⁹.

La règle est souvent considérée (à tort) comme une exemption d'enregistrement qui doit être respectée en dehors des États-Unis, et donc comme une application extraterritoriale du droit américain. Il en résulte une règle adoptée dans le but de clarifier que les lois américaines sur les valeurs mobilières ne s'appliquent pas aux offres à l'étranger. Au contraire, sont établies une série de restrictions que les acteurs du marché doivent respecter, afin d'éviter que leurs transactions soient considérées comme des offres indirectes aux États-Unis. Ainsi, une société française qui offre des obligations exclusivement sur les marchés européens et asiatiques inclura dans son prospectus d'offre des mentions décrivant (en termes à peine compréhensibles) les restrictions à la revente de ces obligations aux États-Unis, même si ces derniers n'ont aucun rapport avec l'opération. Cette pratique a depuis lors proliféré au niveau international, de sorte que les prospectus d'offre comprennent désormais couramment des pages de mentions qu'aucun investisseur ne peut comprendre (et que, de toute façon, peu d'investisseurs lisent), les « *informant* » des restrictions à l'offre et à la vente des titres dans des dizaines de pays du monde entier...

2.1.3 - Réglementation des produits et services importés sur le marché américain

La vente de produits pharmaceutiques aux États-Unis par des sociétés non-américaines nécessite l'autorisation de la *Food and Drug Administration* américaine ; le même type d'exigence s'applique dans tous les pays du monde. De même, il n'est pas surprenant que les autorités américaines inspectent les usines où sont fabriqués les produits pharmaceutiques pour s'assurer du respect des bonnes pratiques de fabrication. Lorsque les installations de production pharmaceutique sont situées en dehors des États-Unis, les inspections ont lieu à l'étranger, généralement dans le cadre d'accords de coopération conclus avec les autorités étrangères. Une entreprise qui refuse d'autoriser ces inspections (ou dont le pays refuse de les autoriser) ne peut plus ensuite vendre ses produits aux États-Unis.

Une logique analogue s'applique dans le secteur financier. Une banque (qu'elle soit américaine ou non) ne peut offrir des services bancaires à des clients aux États-Unis que si elle est autorisée à le faire par les autorités fédérales et/ou étatiques américaines. Les lois bancaires américaines prévoient, entre autres, que les autorités américaines peuvent refuser ou mettre fin à l'agrément d'une banque non américaine si elle n'est pas soumise à un régime de surveillance adéquat dans son

⁴⁹ Règles et règlements en vertu du *Securities Act de 1933*, 17 CFR § 230.903 (2021).



pays d'origine. Pour protéger le système financier américain, les lois bancaires américaines imposent des restrictions sur les activités qu'une banque peut mener, dont certaines (généralement, celles qui sont considérées comme ayant un impact potentiel sur le système financier américain) s'appliquent à l'échelle mondiale⁵⁰. Comme c'est le cas pour les produits pharmaceutiques, si l'objectif est de protéger les clients américains et le marché financier américain, la réglementation s'applique de manière non discriminatoire entre banques américaines et non-américaines.

De même, les sociétés qui demandent l'admission de leurs titres à la cotation d'une bourse américaine ou qui les offrent au public aux États-Unis doivent enregistrer les titres ou leurs offres auprès de la SEC et préparer un document d'admission ou un prospectus qui répond aux exigences de la SEC. Une fois cotées, elles doivent publier régulièrement des rapports annuels et intermédiaires conformément aux règles de la SEC. Ces règles s'appliquent généralement de la même manière aux sociétés américaines et non américaines, bien que les sociétés non américaines bénéficient de certaines exemptions importantes : (i) seuls leurs rapports annuels (et non les autres rapports publiés au cours de l'année) sont tenus de respecter les règles de la SEC, qui sont fondées sur les normes de l'OICV, (ii) elles sont exemptées des rapports trimestriels et de l'obligation de l'information continue (elles fournissent à la SEC les versions anglaises des documents qu'elles publient dans leurs pays d'origine), (iii) elles sont exemptées des « *proxy rules* » (règles relatives à la l'information à fournir dans le cadre de la sollicitation des votes par procuration en assemblée générale), (iv) elles peuvent préparer des états financiers selon les normes IFRS (dans les versions établies par l'IASB), sans rapprochement avec les normes US GAAP, et (v) leurs dirigeants, administrateurs et actionnaires importants sont exemptés des règles sur la communication de leurs opérations sur les actions de la société, et exigeant qu'ils versent à la société les bénéfices réalisés sur des achats et ventes réalisés sur une période de six mois.

Certains observateurs des marchés considèrent que le système de réglementation boursière a changé fondamentalement en 2002, à la suite de l'adoption de la loi *Sarbanes-Oxley*⁵¹. Cette législation a introduit, pour la première fois, des exigences en matière de gouvernance pour les sociétés cotées ou publiant des informations aux États-Unis (domaine précédemment réservé aux états pour les sociétés américaines), applicables de la même manière aux sociétés américaines et non américaines. Ce nouvel élément a suscité des inquiétudes en Europe, notamment en raison des conflits entre les exigences de la loi *Sarbanes-Oxley* et celles des législations des pays d'origine des sociétés concernées. Par exemple, la loi *Sarbanes-Oxley* impose à ces sociétés une obligation de constituer des comités d'audit, composés exclusivement d'administrateurs indépendants, chargés de nommer les auditeurs, sans exception pour des sociétés européennes dont la nomination des commissaires aux comptes relève de la compétence de l'assemblée générale. Les sociétés européennes s'inquiétaient également d'une nouvelle obligation de maintenir des lignes téléphoniques de « *lancement d'alertes* », capables de recevoir des plaintes anonymes concernant les allégations de fraude financière et comptable.

⁵⁰ Les restrictions de ce paragraphe figurent principalement dans l'*International Banking Act* de 1978, tel que modifié, et dans le *Bank Holding Company Act* de 1956, tel que modifié.

⁵¹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. N° 107-204, 116 Stat. 745 (codifié dans diverses sections de 15 U.S.C.).



Contrairement à la législation antérieure, aucune exemption n'a été établie pour les sociétés non américaines, très probablement en raison de la précipitation avec laquelle la législation a été adoptée à la suite de l'affaire Enron. Pour remédier à cette difficulté, la SEC a invité les sociétés non américaines à soumettre des commentaires pour informer le gendarme de la bourse des conflits entre la loi *Sarbanes-Oxley* et les exigences de leurs pays d'origine. La SEC a ensuite adopté des exemptions limitées pour éliminer ces conflits - par exemple, en autorisant les comités d'audit indépendants à recommander des auditeurs, plutôt que de les nommer, dans les pays où les auditeurs doivent être nommés par l'assemblée générale. En ce qui concerne les lanceurs d'alertes, la SEC n'a pas disposé de marge pour limiter l'obligation de recevoir des plaintes anonymes, mais elle a accepté de manière informelle les procédures adoptées par des sociétés non américaines visant à garantir le respect des considérations de confidentialité des personnes visées par les plaintes, soulevées par des autorités telles que la CNIL en France.

La loi *Sarbanes-Oxley* a également modifié la réglementation de la profession comptable, avec la création du *Public Company Audit Oversight Board* (PCAOB). Les auditeurs des sociétés cotées aux États-Unis (américaines ou non américaines) sont désormais soumis à la réglementation du PCAOB, notamment à des inspections périodiques de leurs audits des sociétés cotées, y compris un examen de leurs documents de travail. L'obligation d'inspection a créé des difficultés pour les auditeurs dans un certain nombre de pays (dont la France), où les documents de travail sont soumis à un strict secret professionnel. Dans la plupart des pays, le conflit a été résolu par des accords de coopération entre le PCAOB et les autorités responsables de la surveillance de la profession comptable dans ces pays. C'est notamment le cas en France, où les inspections sont menées dans le cadre d'un accord de coopération entre le PCAOB et le Haut comité du commissariat aux comptes, prévoyant des inspections conjointes et la protection des données⁵².

L'obligation d'inspection est en fait l'équivalent en matière d'audit de l'inspection des installations de production pharmaceutique par la *Food and Drug Administration*, et s'applique de la même manière aux entreprises américaines et non américaines. Des accords de coopération ont été signés, là encore, entre le PCAOB et les autorités de vingt-quatre pays, dont la plupart des États membres de l'Union européenne, et cinquante pays au total autoriseraient les inspections⁵³. La Chine fait figure d'exception notable en ce qu'elle considère les informations d'audit comme un secret d'État et n'a pas autorisé les inspections. Par conséquent, en décembre 2020, le Congrès américain a adopté une loi qui obligera

⁵² Les accords entre le PCAOB et les régulateurs français et d'autres pays non américains sont disponibles à l'adresse suivante <https://pcaobus.org/oversight/international/regulatorycooperation>.

⁵³ C'est ce que rapporte Bloomberg, voir : <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-11-17/sec-pushes-urgent-plan-that-could-delist-chinese-companies>.



les bourses américaines à radier les sociétés chinoises de la cotation si la Chine n'autorise pas les inspections⁵⁴.

Tout comme la loi *Sarbanes-Oxley*, la crise financière a donné lieu à une législation adoptée en urgence pour renforcer le système financier américain, la loi *Dodd-Frank*⁵⁵. À l'instar de la loi *Sarbanes-Oxley*, la loi *Dodd-Frank* contenait un certain nombre de nouvelles exigences destinées à protéger le système financier américain et s'appliquant de la même manière aux acteurs américains et non américains. Elle a suscité une controverse en dehors des États-Unis, car elle ne prenait pas suffisamment en compte les questions spécifiques aux acteurs non américains.

Un exemple frappant est l'obligation pour les *swap dealers* (définis généralement comme des parties qui se livrent à des opérations sur *swaps* avec des contreparties américaines atteignant certains seuils élevés) de s'enregistrer auprès de la SEC ou de la CFTC (selon le type d'activités de *swap* qu'ils exercent). Pour demander son enregistrement, un *swap dealer* doit fournir des informations sur lui-même, ses dirigeants et les membres de son conseil d'administration (ou équivalent). Cette obligation de déclaration n'est pas contraignante pour la plupart des établissements financiers américains, qui sont généralement structurés comme des sociétés holding avec des filiales distinctes exerçant des activités dans le domaine des produits dérivés ; les administrateurs de la plupart des *swap dealers* américains sont les banquiers responsables directement du métier. De nombreux établissements financiers non américains, en revanche, poursuivent des activités sur des produits dérivés directement au niveau de la maison mère. Par conséquent, la nouvelle législation les obligeait à obtenir des quantités importantes d'informations personnelles de la part d'administrateurs qui n'étaient pas ou peu impliqués dans les activités des produits dérivés, y compris des administrateurs indépendants. De nombreuses institutions ont considéré que cette obligation était trop pesante.

Une exigence plus importante de la loi *Dodd-Frank* s'appliquait spécifiquement aux groupes bancaires non-américains dont les actifs américains dépassaient certains seuils. Ces organisations étaient tenues de se conformer aux exigences prudentielles sur une base « cloisonnée » (*ring-fenced*) aux États-Unis, plutôt qu'au niveau mondial. Elles étaient aussi tenues d'organiser des sociétés holding intermédiaires pour leurs activités non bancaires, sur la base de ce que la *Federal Reserve Bank* a appelé le « traitement national » (les banques américaines étant généralement tenues d'exercer leurs activités non bancaires au travers de sociétés holding distinctes). Cette exigence était lourde pour les institutions qui, en dehors des États-Unis, exerçaient directement ces activités. Les organismes bancaires étrangers ont dû réorganiser en grande partie leurs activités aux États-Unis, et beaucoup l'ont fait en réduisant fortement leurs actifs non bancaires détenus aux États-Unis afin d'éviter ces exigences.

⁵⁴ Il en va de même pour les sociétés d'autres pays qui n'autorisent pas les inspections, mais la Chine est principalement visée par cette action. Voir sur cette législation, la présentation de la SEC : <https://www.sec.gov/news/public-statement/clayton-hfcaa-2020-12>. Le PCAOB a proposé des règlements d'application en mai 2021.

⁵⁵ Loi *Dodd-Frank* sur la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs (loi *Dodd-Frank*), 12 U.S.C. 5301 (2010).



2.1.4 - L'impact extraterritorial des procédures de « *discovery* »

Les lois américaines exigeant la production de documents et d'autres informations dans le cadre de procédures judiciaires civiles ou pénales ont longtemps été considérées comme contraignantes par les acteurs non américains, en particulier ceux des pays de tradition civiliste où les obligations de production d'informations sont beaucoup plus limitées, et soumises à un contrôle judiciaire plus strict. Ce sujet a récemment pris une nouvelle importance dans le cadre de l'application de ces exigences dans le monde numérique. Afin de comprendre le contexte actuel, il convient de se replacer dans une perspective historique.

En 1926, le Congrès américain a adopté une loi prévoyant que les tribunaux américains peuvent délivrer des citations à comparaître aux citoyens américains résidant à l'étranger, les obligeant à témoigner dans des affaires criminelles, sous peine de sanctions. En 1932, dans l'affaire *Blackmer c. États-Unis*⁵⁶, la Cour suprême des États-Unis a jugé que cette loi était valide, que l'application des sanctions prévues par la loi ne violait pas les droits de la défense du citoyen et que la signification de la citation à comparaître au citoyen américain dans un pays étranger (la France) ne portait atteinte à aucun droit du pays étranger. Après avoir évoqué la présomption contre l'application extraterritoriale de la législation américaine, la Cour a estimé qu'un citoyen américain est lié par les lois américaines qui lui sont applicables, tant qu'il conserve sa citoyenneté, citant des décisions antérieures dans lesquelles la Cour a confirmé le pouvoir des États-Unis de taxer ses citoyens qui vivent à l'étranger et d'appliquer des lois pénales aux citoyens américains résidant à l'étranger⁵⁷.

Le pouvoir d'assignation des tribunaux américains a été étendu aux entreprises non américaines qui violent, ou font l'objet d'une enquête pour violation présumée, des lois pénales américaines. Par exemple, en 1983, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a jugé que *Marc Rich Trading AG*, une société suisse qui n'avait pas d'activités aux États-Unis, était tenue de répondre à une citation à comparaître dans une affaire où elle était accusée d'avoir conspiré avec l'une de ses sociétés affiliées (qui avait des activités aux États-Unis et dont certains administrateurs résidaient aux États-Unis) pour éviter le paiement des impôts américains⁵⁸. La Cour a estimé que, puisque la société suisse pouvait être condamnée si l'infraction était prouvée (le Congrès ayant clairement exprimé son intention de voir les lois fiscales américaines s'appliquer aux sociétés étrangères), un *grand jury* devait nécessairement avoir le pouvoir d'enquêter pour déterminer si l'infraction avait effectivement été commise. Le raisonnement de la Cour a été conforté par le fait que l'affaire reposait sur une conspiration présumée entre la société suisse et sa société affiliée présente sur le marché américain.

L'application extraterritoriale des procédures américaines de collecte d'informations est également présente dans les litiges civils. En 1987, la Cour suprême des États-Unis a ainsi estimé que la Société

⁵⁶ 284 U.S. 421 (1932).

⁵⁷ *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47 (1924) (fiscalité) ; *United States v. Bowman*, 260 U.S. 94 (1922) (droit pénal).

⁵⁸ *In Re Marc Rich & Co., A.G.* 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983), cert. den'd 42 U.S. 1215 (1983).



Nationale Industrielle Aérospatiale était tenue de fournir des documents situés en France dans le cadre du processus de *discovery* dans le cadre d'une affaire concernant un avion qui s'était écrasé aux États-Unis⁵⁹. La Société Nationale Industrielle Aérospatiale a demandé une ordonnance de protection, en faisant valoir que le seul moyen de rechercher des documents à l'étranger était d'utiliser les procédures de la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, que l'application des procédures américaines de *discovery* sans recourir d'abord à la Convention de La Haye serait un affront à la « *souveraineté judiciaire* » française, et que la Société Nationale Industrielle Aérospatiale serait soumise à des sanctions pénales en vertu de la loi française de blocage (loi du 16 juillet 1980), si elle devait se conformer aux demandes de production des documents. La Cour suprême a rejeté ces arguments, estimant que la Convention de La Haye, selon ses propres termes, n'excluait pas d'autres méthodes de collecte d'informations, et qu'il serait inapproprié d'adopter une règle (proposée comme autre option par la Société Nationale Industrielle Aérospatiale) selon laquelle les parties doivent passer par la Convention de La Haye avant de recourir à d'autres procédures, car dans certains cas, l'utilisation des procédures de la Convention de La Haye serait excessivement lourde ou coûteuse.

La Cour a également affirmé qu'une analyse de *comity* devait être appliquée, en tenant compte des contraintes liées à l'utilisation des procédures de la Convention de La Haye, du risque de procédures de *discovery* « *abusives* » aux États-Unis et des sensibilités potentielles de l'État sur le territoire duquel se trouvent les documents concernés. Ainsi, « *les tribunaux américains devraient donc veiller à faire preuve de respect pour tout problème particulier auquel est confronté le plaideur étranger en raison de sa nationalité ou du lieu de ses activités, ainsi que pour tout intérêt souverain exprimé par un État étranger* »⁶⁰. Toutefois, la Cour a spécifiquement refusé « *d'articuler des règles spécifiques pour guider cette tâche délicate de détermination* ».

Ces questions ont refait surface récemment en lien avec l'adoption de la loi sur la clarification de l'utilisation licite des données à l'étranger, communément appelé le *CLOUD Act*⁶¹. Adopté en mars 2018, le *CLOUD Act* a modifié certaines dispositions de la loi sur les communications stockées (*Stored Communications Act* « SCA ») de 1986 pour permettre au gouvernement américain d'accéder, par le biais d'un mandat ou d'une citation à comparaître, aux communications stockées en dehors des États-Unis par les fournisseurs de services de communications électroniques (tels que les sociétés de stockage en *cloud*) qui sont « *soumis à la compétence des États-Unis* ».

Avant l'adoption du *CLOUD Act*, la Cour suprême était sur le point de se prononcer, dans une affaire impliquant Microsoft Corp, sur la question de savoir si le SCA autorisait l'utilisation d'un mandat pour obtenir les courriels archivés d'un trafiquant de drogue présumé, stockés par une filiale de

⁵⁹ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States*, 482 U.S. 522 (1987).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD ACT)*, Pub. L. 115-141, modifiant 18 U.S.C. §2523 (2018).



Microsoft sur des serveurs situés en Irlande. Les courriels étaient à l'origine stockés sur des serveurs aux États-Unis, et ont ensuite été transférés en Irlande par un système d'archivage automatique. Les parties sont convenues que les autorités américaines auraient pu délivrer une citation à comparaître ordonnant à Microsoft de remettre toutes les données qui étaient sous son contrôle, que ce soit aux États-Unis ou à l'étranger. Au lieu de cela, les autorités ont cherché à utiliser un mandat (en fait, l'équivalent d'un mandat de perquisition permettant aux autorités de fouiller un entrepôt), et Microsoft a fait valoir que les recherches effectuées en vertu de mandats ne pouvaient avoir lieu qu'aux États-Unis (tout comme un mandat de perquisition peut être délivré pour un entrepôt aux États-Unis, mais pas à l'étranger)⁶².

L'adoption du *CLOUD Act* a rendu l'affaire Microsoft sans objet, de sorte qu'elle a été classée sans décision sur le fond⁶³. Le *CLOUD Act* prévoit que les dispositions du SCA concernant la production de communications électroniques s'étendent à celles détenues à l'étranger par des fournisseurs de services « *soumis à la compétence des États-Unis* ». De plus, il établit un cadre permettant aux fournisseurs de services de contester un mandat de la SCA, ordonne aux tribunaux de procéder à une analyse de *comity* limitée afin d'équilibrer certains facteurs pertinents pour les transferts transfrontaliers de données (tels que les exigences en matière de confidentialité des données en vertu du RGPD) et incite les gouvernements non américains à conclure des accords exécutifs avec les États-Unis régissant les demandes transfrontalières de données.

Le *CLOUD Act* n'oblige pas les entreprises non américaines à produire les communications électroniques détenues en dehors des États-Unis, à moins qu'elles ne soient « *soumises à la compétence des États-Unis* ». Bien que cette formule s'avère ambiguë, une société non américaine ne devrait être soumise au *CLOUD Act* que si elle a un lien avec les États-Unis en rapport avec les communications spécifiques en cause (comme la sollicitation de clients américains pour le stockage de données) ou des activités très importantes aux États-Unis (ce qui confère aux tribunaux américains une compétence générale). Les entreprises non américaines qui n'ont que des contacts limités avec les États-Unis sans rapport avec l'affaire dont est saisi un tribunal américain ne devraient pas être soumises au *CLOUD Act*.

En décembre 2020, le Congrès américain a adopté une loi de collecte d'informations d'une autre nature. Dans le cadre de la loi sur l'autorisation de la défense nationale pour 2021 (*National Defense Authorization Act for 2021*), la législation a été renforcée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, afin d'élargir la possibilité pour le gouvernement d'exiger la production des documents concernant les comptes tenus dans le monde entier par des banques étrangères ayant des comptes correspondants aux États-Unis (c'est-à-dire, pratiquement toutes les banques de la planète).

⁶² *In re Warrant To Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corp.*, 829 F. 3d 197, 204-205 (CA2 2016).

⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, 138 S.Ct. 1186 (2018).



Auparavant, le pouvoir d'exiger la production de documents ne s'appliquait qu'aux documents se rapportant directement aux comptes correspondants américains. Cette législation ne s'applique que depuis le début de l'année 2021, de sorte qu'il est encore prématuré d'en tirer des conclusions.

2.1.5 - Poursuite extraterritoriale des activités criminelles ayant un impact sur les États-Unis

Ces dernières années, les États-Unis ont engagé un certain nombre de poursuites pénales très médiatisées à l'encontre de sociétés non américaines, notamment des établissements financiers, dans le but de dissuader les comportements illicites de leurs clients américains ou de pénaliser les activités ayant un impact important sur le marché américain⁶⁴.

Les autorités américaines ont été particulièrement redoutables dans le domaine de l'évasion fiscale. Dans l'une des affaires les plus médiatisées, la banque suisse *UBS* a accepté en 2009 de payer sept-cent-quatre-vingt millions de dollars de pénalités pour avoir aidé ses clients américains à éviter le paiement des impôts aux USA. *UBS* a été accusée de commercialiser activement ses services aux États-Unis, en proposant à des clients américains des options d'investissement dans des pays tels que le Panama, les îles Vierges britanniques et d'autres pays (y compris la Suisse), dans le but d'échapper aux impôts américains. Bien que les banquiers impliqués fussent basés à Zurich, ils se rendaient régulièrement aux États-Unis pour rencontrer des clients américains et dissimulaient leurs activités dans des rapports internes. Ils ont été accusés d'avoir violé la loi fédérale américaine sur la « *conspiration* ». En effet, cette loi pénale d'application large s'applique chaque fois que deux personnes ou plus se concertent pour commettre un crime contre les États-Unis⁶⁵. Dans le cadre de l'accord de transaction avec les autorités américaines, *UBS* a accepté de cesser de traiter avec des clients américains depuis ses bureaux de Zurich et de communiquer les noms de ses clients américains aux autorités fiscales américaines (nombre de ces clients ont par la suite été poursuivis). Après l'annonce de la transaction *UBS*, Crédit Suisse et d'autres banques suisses ont transigé dans des affaires similaires.

L'affaire *UBS* a été suivie par l'adoption en 2010 de la loi sur la conformité fiscale des comptes étrangers dite loi FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), qui exige des contribuables américains une déclaration détaillée de leurs comptes détenus à l'étranger et impose des retenues à la source prohibitives sur certains paiements effectués par des institutions aux États-Unis aux établissements financiers non américains qui ne déclarent pas les comptes chez eux détenus par des contribuables américains⁶⁶. Depuis 2010, la plupart des pays du monde ont conclu des accords internationaux

⁶⁴ Les cas évoqués dans cette section sont décrits et analysés plus en détail dans P.-H. VERDIER, « *The New Financial Extraterritoriality* », 87 *Geo. Wash. L. Rev.* 239 (2019).

⁶⁵ Loi fédérale sur la conspiration (*federal conspiracy statute*) figure 18 U.S.C. §371.

⁶⁶ Pub. L. 111-147, 26 U.S.C. §§1471-1474, 6038D (2010).



destinés à faciliter la déclaration FATCA par leurs établissements financiers. Nombre de ces accords (dont celui conclu avec la France)⁶⁷ prévoient un régime de déclaration réciproque.

La manipulation du LIBOR constitue un autre exemple d'une extraterritorialité très médiatisée aux États-Unis. En 2012, Barclays a accepté de payer trois-cent-soixante millions de dollars de pénalités et de réformer ses pratiques dans le cadre du scandale de la manipulation du LIBOR. La manipulation a eu lieu à Londres, où se trouvaient les opérateurs de marché concernés, et concernait des soumissions à un administrateur de référence (*la British Bankers Association*) situé à Londres. Néanmoins, les autorités américaines ont poursuivi Barclays en raison de l'impact substantiel de la manipulation du LIBOR sur les marchés financiers américains, en fondant leurs actions sur de larges interdictions légales contre le « *mail fraud* » et « *wire fraud* »⁶⁸. À la suite de l'accord de transaction conclu avec Barclays, un certain nombre d'autres établissements financiers non américains, dont HSBC, *Royal Bank of Scotland*, *Deutsche Bank* et *UBS*, ont conclu des accords similaires.

Une troisième grande catégorie de mesures d'exécution américaines concerne les poursuites pour blanchiment d'argent. Dans l'une des affaires les plus marquantes, HSBC a accepté en 2012 de payer un virgule vingt-cinq milliards de dollars de pénalités pour avoir violé les lois américaines sur la lutte contre le blanchiment d'argent⁶⁹. Les entités non américaines de HSBC ont été accusées d'avoir modifié des instructions pour des transactions interdites en dollars américains afin d'éviter d'être détectées par les systèmes de conformité américains de HSBC. En outre, cette dernière a été accusée d'avoir traité des milliards de dollars de transactions pour les cartels de la drogue mexicains et d'autres organisations criminelles.

La caractéristique commune de ces affaires est que celles-ci concernent toutes des comportements d'établissements financiers étrangers, interdits par la loi américaine en raison soit de leurs liens avec des clients américains, soit de leur impact substantiel sur le marché américain, soit de l'utilisation du système financier américain. Dans chaque cas, l'action impliquait l'utilisation des « *moyens de commerce entre états* » ou des « *moyens de commerce étranger* » présentant un lien de rattachement avec les États-Unis (comme l'utilisation des lignes de télécommunications), fournissant aux autorités américaines une base légale et constitutionnelle pour la poursuite de ces établissements financiers.

2.1.6 - Sanctions américaines

C'est un poncif de constater que les États-Unis utilisent régulièrement les sanctions comme des outils de leur politique étrangère au service de leur ambition géopolitique. Les sanctions peuvent

⁶⁷ Disponible sur <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

⁶⁸ Il s'agit de la fraude pratiquée par le biais des communications transitant par la poste américaine ou des lignes de communication qui traversent les frontières internationales des États-Unis ou les frontières des états, même si ces utilisations ne sont qu'accessoire à l'activité frauduleuse. Loi américaine sur l'utilisation frauduleuse de la poste et du réseau de télécommunications figure 18 U.S.C. §§1341, 1343.

⁶⁹ Entre autres, la loi sur les pouvoirs économiques d'urgence internationale, *International Emergency Economic Powers Act*, 50 U.S.C. §1701 et seq.



être imposées par le pouvoir exécutif (le Président, agissant généralement par l'intermédiaire du Trésor américain et du Département d'État), soit sur autorisation du Congrès, soit, dans certains cas, en vertu de dispositions législatives obligatoires adoptées par le Congrès. Les sanctions américaines se répartissent en trois grandes catégories.

Premièrement, les États-Unis peuvent imposer des sanctions aux individus qui commettent des actions qu'ils estiment inappropriées parce qu'elles constituent une violation des droits de l'homme, une implication dans des activités illicites (telles que la corruption, la participation à des hostilités ou à des cyberattaques), ou contreviennent de toute autre manière à la conduite des relations internationales des États-Unis. Ces sanctions peuvent inclure des interdictions de voyager, des annulations de visa, le gel des avoirs aux États-Unis et d'autres mesures encore. Les sanctions de ce type peuvent également être imposées à des entreprises voire à des États (comme le gel des avoirs de l'Iran détenus aux États-Unis).

Deuxièmement, les sanctions peuvent interdire aux personnes et entités américaines – et non américaines agissant depuis les États-Unis – de négocier ou de conclure certaines transactions avec des personnes, des entités, des secteurs ou des gouvernements visés par les sanctions. Par exemple, il est interdit aux entités américaines de financer certaines entités russes pour une durée de plus de quatorze jours, de réaliser des investissements importants dans le secteur pétrolier et gazier iranien, d'effectuer la plupart des transactions commerciales à Cuba et de négocier des titres de créance vénézuéliens émis après la date à laquelle les sanctions pertinentes ont été imposées. Si ces sanctions interdisent directement les activités des entités et des individus situés aux États-Unis, elles peuvent avoir un impact indirect sur des acteurs non américains. Par exemple, de nombreux gestionnaires de fonds non américains mettent leurs actifs en conservation chez les banques américaines telles que *JP Morgan* et *State Street*, et les sanctions américaines peuvent restreindre la capacité de ces gestionnaires de fonds à effectuer des opérations en utilisant ces actifs si ces opérations sont interdites aux entités américaines. En outre, les sanctions de ce type empêchent la compensation des opérations en dollars dans le cadre des types d'activités visés, effectivement interdisant l'utilisation du dollar américain par toute entité (américaine et non américaine) dans le cadre de ces opérations.

La troisième catégorie de sanctions américaines (sanctions dites « *secondaires* ») s'avère la plus controversée. Les sanctions secondaires autorisent le Président à bloquer l'accès au marché américain pour des acteurs qui poursuivent les activités visées dans les pays ciblés selon la logique du « *si vous traitez avec eux, vous ne pouvez pas traiter avec nous* ». En règle générale, la législation autorisant les sanctions secondaires prévoit que, lorsque le Président constate qu'une entité s'est livrée aux activités ciblées, il peut choisir parmi une palette de sanctions, comprenant l'interdiction d'utiliser les facilités de financement des exportations du gouvernement américain, le refus de licences d'exportation de technologies américaines, l'interdiction de se livrer à des opérations de change impliquant les États-Unis, le blocage des biens américains, l'interdiction pour les banques américaines de fournir un financement, l'interdiction pour les personnes américaines d'investir dans les valeurs mobilières de l'entité, l'interdiction de voyager imposée aux dirigeants et administrateurs, ou encore l'inéligibilité aux marchés publics américains.



Les sanctions secondaires ont eu un impact très important sur les entreprises non américaines, même si elles ont été très rarement infligées. La plupart des grandes entreprises non américaines ont, face à d'éventuelles sanctions secondaires, choisi de cesser ou de restructurer leurs activités avec les pays concernés (comme la Russie et l'Iran), car elles ne peuvent pas se permettre de perdre l'accès aux marchés américains (en particulier le financement en dollars américains). Du point de vue des États-Unis, c'est cet effet « *préventif* » qui rend les sanctions secondaires très efficaces. Néanmoins, il a été souligné que les sanctions secondaires unilatérales (par opposition aux sanctions multilatérales imposées à l'Iran qui ont abouti à l'accord nucléaire de 2015) ont considérablement réduit les activités des grandes entreprises non américaines dans les pays ciblés, sans généralement parvenir à modifier le comportement de ces pays.

2.1.7 - Les accords de transaction et la pratique de la « *surconformité* »

Les lois américaines ayant des effets extraterritoriaux ont eu un impact significatif sur les marchés commerciaux et financiers internationaux pour deux raisons. Premièrement, l'importance du marché américain (en particulier financier) et l'utilisation généralisée du dollar américain dans le commerce international permettent aux États-Unis d'imposer leurs politiques sur une base extraterritoriale, y compris sur les opérations effectuées par des sociétés non américaines en dehors des États-Unis. Deuxièmement, les autorités américaines ont été agressives dans l'application des lois sur une base extraterritoriale dans certains domaines, obtenant des pénalités pécuniaires très importantes et des engagements de la part des entreprises non américaines à changer leur comportement, tant aux États-Unis qu'à l'étranger.

L'efficacité des mesures d'exécution prises par les autorités américaines est, dans une large mesure, due à la très large marge discrétionnaire reconnue aux procureurs américains pour engager des poursuites pénales, associée au fait que le système américain incite fortement les entités visées à transiger plutôt que de prendre le risque d'un procès devant un tribunal. La plupart des amendes très médiatisées ont été imposées dans le cadre de l'exécution d'accords de transaction ou de poursuites différées, généralement conclus sans implication des tribunaux américains.

Plusieurs raisons expliquent l'omniprésence des accords transactionnels. Tout d'abord, les entreprises estiment qu'il est bien moins coûteux d'accepter une transaction (même pour un montant très élevé) que d'encourir les coûts directs et incidents d'un procès judiciaire, d'autant que l'entreprise n'a aucune garantie d'obtenir gain de cause devant un tribunal. Deuxièmement, dans de nombreux cas (en particulier pour les établissements financiers), le fait d'être formellement accusé d'actes répréhensibles se traduirait automatiquement par le retrait de leur agrément (au moins pour les activités concernées) aux États-Unis, même si la mesure d'exécution est finalement rejetée ou annulée par un tribunal. Les établissements financiers parviennent souvent à la conclusion qu'ils ne peuvent se permettre de limiter leurs activités, même s'ils ont de bonnes chances devant un tribunal.



En pratique, il en résulte que de nombreux établissements financiers non américains ont mis en place des politiques qui exigent effectivement une « *surconformité* » avec la législation américaine, en particulier dans le domaine des sanctions. En d'autres termes, les établissements financiers, dans le cadre de leur politique interne, interdisent de larges catégories d'opérations (ou dans certains cas, toutes les opérations) avec un pays ciblé ou dans certains secteurs, même si certaines de ces opérations pourraient ne pas violer la réglementation ou donner lieu à des sanctions secondaires potentielles. Il est plus simple, et moins risqué, pour ces établissements financiers de limiter leurs activités chaque fois qu'une sanction pourrait être envisagée, que de se livrer à une analyse détaillée des sanctions éventuelles qui pourrait, *a posteriori*, se révéler erronée.

Une autre conséquence du système américain de sanctions est que les établissements financiers acceptent souvent, dans le cadre d'accords de poursuites différées ou d'accords de transaction, de mettre en œuvre des remèdes applicables à leurs activités non américaines, notamment en remplaçant les dirigeants, en réformant les processus et procédures internes et en acceptant des contrôleurs rendant compte aux autorités américaines de la mise en œuvre de ces mesures. Il est pourtant peu probable qu'un tribunal américain ait le pouvoir d'imposer la plupart de ces mesures correctives aux établissements financiers.

L'un des effets de la pratique extraterritoriale américaine a été le développement des enquêtes internes. Celles-ci sont apparues en France depuis plus d'une vingtaine d'années quand les autorités américaines, et plus particulièrement le *Department of Justice*, ont proposé aux entreprises françaises concernées de « *coopérer* » avec elles et à cet effet de diligenter, à leurs frais, des enquêtes internes en mandatant un avocat, pour évaluer la conformité de leurs pratiques à la loi américaine. En 2015, le DOJ a publié un avis⁷⁰ selon lequel les entreprises ne pouvaient être éligibles à conclure une transaction judiciaire que dans la seule mesure où les enquêtes permettaient d'identifier les individus ayant contribué aux faits reprochés à l'entreprise, créant ainsi un conflit d'intérêts manifeste, l'entreprise conduisant son enquête à charge à l'égard de ses employés, eux-mêmes indirectement contraints à coopérer. Faute de cadre juridique impératif applicable, l'usage veut que les salariés et dirigeants entendus aient le choix de ne pas s'auto-incriminer et d'être assistés par un avocat, en principe choisi par eux et dont les honoraires sont avancés par les entreprises concernées, ces sommes conséquentes devant être remboursées, si le salarié est finalement condamné. Ces enquêtes internes posent non seulement des questions d'extraterritorialité, mais également de droits de la défense⁷¹, d'autant que le règlement transactionnel conclu avec le DOJ, ne confère en aucun cas une

⁷⁰ DOJ, Yates Memorandum, 9 septembre 2015.

⁷¹ Les auditions sont conduites sur présentation de documents exclusivement sélectionnés par l'avocat enquêteur mandaté par l'entreprise et remis au début d'audition. Les notes prises par le chargé d'enquête en cours d'audition ne sont pas relues en séance ni communiquées à la personne interrogée. Les personnes entendues ne peuvent exiger une quelconque confrontation avec d'autres membres du personnel de l'entreprise. Elles n'ont également pas accès aux dépositions des autres personnes entendues, et aux conclusions contenues dans le rapport d'enquête qui est finalement communiqué au DOJ. Enfin, il n'existe pas de déontologie commune applicable aux différents avocats intervenants tant pour le compte de l'entreprise que pour le compte de dirigeants et salariés concernés de l'entreprise.



quelconque relaxe des salariés ou dirigeants incriminés. Ainsi, dans l'accord de « *plaider coupable* » signé en 2014 par BNP Paribas, il est expressément stipulé que la renonciation à toute poursuite de la part du DOJ ne couvrirait pas les éventuels délits fiscaux, ni les poursuites contre les dirigeants ou salariés, le DOJ se réservant d'exiger la peine d'emprisonnement maximum. Par ailleurs, BNP Paribas a dû renoncer à tout recours ou appel pour défaut d'accès au dossier, et reconnaître n'avoir fait l'objet d'aucune menace la forçant à plaider coupable. Enfin, elle s'est engagée à faire en sorte que ses salariés et dirigeants ne contestent pas les faits reconnus par elle, y compris devant toute juridiction non américaine. Selon une enquête menée en 2016 par le professeur Gordon Barnett dans son livre intitulé « *Too big to jail* », sur trois-cent-six *deals of justice* conclus avec le DOJ entre 2001 et 2014, plus d'un tiers étaient accompagnés de quatre-cent-quatorze poursuites individuelles (dont cent dirigeants) et près de soixante-dix, sur le total des personnes poursuivies, ont fait l'objet d'abandon de poursuite ou ont été acquittées. Parmi les quelques trois-cents personnes condamnées, plus de quarante pour cent d'entre elles n'ont pas subi de peine de prison et la moitié d'entre elles ont été condamnées en moyenne à une amende de trois-cent-mille dollars. Outre les réflexions sur le statut de l'avocat en entreprise, sur le secret professionnel ou les droits de la défense, cet effet secondaire de l'extraterritorialité américaine devrait s'accompagner de l'édiction d'un cadre procédural uniforme dans lequel s'inscrirait toute enquête interne diligentée par l'entreprise soumise à l'extension extraterritoriale de lois étrangères. Un tel cadre pourrait être mis en place, éventuellement au moyen de négociations réalisées sous l'égide d'une organisation internationale, telle que l'OCDE, et pourrait être utilisé par l'Union européenne si celle-ci souhaite également étendre la portée de son extraterritorialité.

2.2 - La pratique du Royaume-Uni

Dans une ampleur moindre que les États-Unis, le Royaume-Uni intéresse l'Union dans sa pratique de l'extraterritorialité, depuis que le Brexit est devenu effectif. C'est essentiellement par la voie pénale que cet État procède. Si, comme dans le système juridique français, la loi pénale est applicable à toute personne présente sur le territoire britannique, il existe également un certain nombre de dispositifs permettant au Royaume-Uni d'instruire et de poursuivre des infractions commises à l'étranger. En particulier, dans le cadre de la lutte contre criminalité financière, les trois dernières décennies ont été marquées par une politique législative visant à étendre la compétence juridictionnelle des autorités britanniques au-delà des frontières de leur territoire, comme l'illustrent quelques exemples⁷².

2.2.1 - *Bribery Act* 2010

Un premier exemple est donné par le *Bribery Act* 2010, relatif à la répression et la prévention de la corruption qui incrimine les faits de corruption, active comme passive, commis tant sur le territoire

⁷² La présente étude reprend la substance d'un article de A. AMOLE, « *Extraterritoriality: the UK perspective* », *Global Investigation Review (GIR)*, 3 janvier 2020.



britannique qu'à l'étranger, dans le secteur public comme privé⁷³. Le parquet britannique est ainsi habilité à poursuivre ces infractions, alors même qu'aucun acte (par action ou omission) participant de la commission de l'infraction n'aurait été commis sur le territoire du Royaume-Uni. Cette règle est applicable lorsque, d'une part, les actes commis en dehors de ce territoire auraient effectivement constitué cette infraction s'ils avaient été commis sur le territoire du Royaume-Uni⁷⁴ et, d'autre part, la personne à l'origine des actes concernés entretient un lien étroit avec le Royaume-Uni⁷⁵. La notion de lien étroit avec le Royaume-Uni est définie dans le *Bribery Act*, et inclut notamment tous les citoyens et entreprises britanniques⁷⁶. Ainsi, un citoyen britannique résidant à l'étranger qui se serait livré à des actes de corruption à l'étranger dans le cadre de son activité exercée à l'étranger, au profit d'un employeur étranger, s'expose à un risque de poursuites pénales au Royaume-Uni en raison de sa citoyenneté britannique au jour où l'infraction a été commise et, partant, entretient un lien étroit avec le Royaume-Uni, alors même que les agissements incriminés n'auraient eux-mêmes aucun lien avec le Royaume-Uni.

Une entreprise commerciale (*relevant commercial organisation*) est également exposée au risque de poursuites pénales au titre du *Bribery Act* de 2010 si une personne qui lui est liée (*associated person*) se livre à des actes de corruption⁷⁷, y compris si ces actes sont commis à l'étranger⁷⁸. L'entreprise ne peut échapper à ces poursuites que si elle est en mesure de démontrer qu'elle a mis en place des procédures adéquates de prévention de la corruption⁷⁹. Une *entreprise commerciale pertinente* est définie comme une entité qui exploite, même partiellement, une activité commerciale au Royaume-Uni. En l'absence de jurisprudence spécifique sur cette question, les orientations du Ministre de la justice précisent qu'une présence commerciale concrète demeure requise. Ainsi, la seule admission des actions d'une société étrangère sur le *London Stock Exchange*, ou la simple détention d'une filiale britannique par une société étrangère, ne caractérisent pas nécessairement l'exercice d'une activité sur le sol britannique au sens du *Bribery Act* de 2010⁸⁰.

En revanche, les tribunaux se sont prononcés sur la notion de personne en lien avec l'entreprise commerciale pertinente (*associated person*)⁸¹. Au cas d'espèce, les actes de corruption d'une filiale chypriote réalisés aux Émirats arabes unis ont entraîné la condamnation pénale de la société-mère britannique sur le fondement de la Section 7 du *Bribery Act* de 2010.

⁷³ Sections 1, 2 et 6 du *Bribery Act* de 2010.

⁷⁴ Section 12(2)(b).

⁷⁵ Section 12(2)(c).

⁷⁶ Section 12(4).

⁷⁷ Section 7 de ce texte.

⁷⁸ Section 12(5) du *Bribery Act* de 2010.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Ministry of Justice Guidance to the *Bribery Act* 2010 (March 2011), paras. 34-36.

⁸¹ Voir <https://www.sfo.gov.uk/cases/sweett-group>.



2.2.2 - *Proceeds of Crime Act, 2002* et 4MLD

Un deuxième exemple est fourni par le *Proceeds of Crime Act 2002* (le « POCA »), qui constitue le dispositif répressif applicable au blanchiment et visant à appréhender les réseaux au moyen desquels les gains issus d'une activité criminelle transitent. Les Sections 327 à 329 incriminent : (i) le fait de dissimuler, déguiser, convertir, transférer ou extraire du Royaume-Uni, tout bien criminel⁸² ; (ii) le fait de conclure ou de s'impliquer dans des arrangements dont on sait ou soupçonne qu'ils facilitent l'acquisition, l'utilisation, etc., de biens criminels⁸³ ; et (iii) le fait d'acquérir, d'utiliser ou d'avoir en sa possession un bien criminel⁸⁴.

Un bien devient un bien criminel (*criminal property*) dès lors qu'il représente le gain d'une personne obtenu en vertu d'un comportement criminel lequel désigne un comportement qui, soit est constitutif d'une infraction pénale au Royaume-Uni, soit aurait été constitutif d'une telle infraction s'il avait eu lieu sur le territoire du Royaume-Uni⁸⁵. La localisation du comportement criminel est sans importance, puisque la question est de savoir si le comportement aurait constitué une infraction au Royaume-Uni, s'il avait eu lieu sur le territoire britannique. Le caractère extraterritorial du POCA a été confirmé par la *Court of Appeals* en 2014, dans l'affaire *R. v. Rogers*⁸⁶.

Le POCA a été complété par le *Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017*, qui a transposé la quatrième directive de l'Union européenne relative au blanchiment d'argent (MLD)⁸⁷. Le texte dit règlement MLD 2017 est applicable tant aux institutions financières ainsi qu'à d'autres professionnels comme, notamment, les avocats et conseils juridiques, les syndicats de faillite, les casinos ou les marchands de biens haut-de-gamme. Son champ a été étendu pour appréhender les opérations des succursales et filiales d'une personne concernée (*relevant person*)⁸⁸ en dehors du Royaume-Uni⁸⁹.

2.2.3 - Ordonnances de recouvrement civil (*civil recovery orders*)

De façon distincte, le régime de recouvrement civil prévu par le POCA⁹⁰ permet au parquet britannique de solliciter une ordonnance auprès de la *High Court of justice* afin d'appréhender des biens issus

⁸² Section 327: «concealing, disguising, converting, transferring or removing from the United Kingdom, any criminal property».

⁸³ Section 328: «entering or becoming concerned in arrangements that one knows or suspects facilitate the acquisition, use, etc., of criminal property».

⁸⁴ Section 329: «acquiring, using or possessing criminal property».

⁸⁵ Section 340(2) et (3) du POCA.

⁸⁶ *R v. Rogers (Bradley) and others* [2014] EWCA Crim 1680.

⁸⁷ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, JOUE L 141 du 5 juin 2015, p. 73.

⁸⁸ À savoir une personne à laquelle les réglementations s'appliquent, telle que définie par le règlement MLD 2017. [40] Section 3(2) Criminal Justice Act, 1993.

⁸⁹ Regulation 20, Règlement MLD 2017.



d'un comportement délictueux (*unlawful conduct*), ou des biens représentant des gains obtenus en lien avec un comportement illicite. La *High Court* peut ainsi rendre une ordonnance à l'encontre de n'importe quelle personne ou n'importe quel bien, peu importe son domicile ou sa localisation, dès lors qu'il existe un lien quelconque entre les faits concernés et le territoire du Royaume-Uni⁹¹. Combinées avec le large champ de compétence territorial relatif à la notion de « *comportement délictueux* »⁹², les ordonnances de recouvrement civil sont un outil puissant octroyé au parquet. Toutefois, de telles ordonnances n'ont en principe d'effets que sur le territoire britannique. Cela étant dit, la *National Crime Agency* («NCA») britannique a réussi à obtenir d'un tribunal luxembourgeois l'exécution d'une ordonnance s'appliquant à des comptes bancaires appartenant à un ressortissant britannique situés au Luxembourg⁹³.

Une autre prérogative de recouvrement civil a été accordée à la NCA et aux procureurs britanniques en 2018⁹⁴. Peut en effet être sollicitée auprès de la *High Court*, une ordonnance « *de richesse suspecte* » (*unexplained wealth order*, « *UWO* ») à l'encontre de toute personne (domiciliée ou non au Royaume-Uni), relative à ses biens indépendamment de leur localisation géographique, à certaines conditions, notamment en cas de motifs légitimes de suspecter que les revenus officiels de la personne concernée (*respondent*) sont insuffisants pour acquérir les biens concernés.

Lorsqu'elle est accordée, l'*UWO* oblige la personne concernée (*respondent*) à exposer la nature de ses intérêts dans les biens concernés et la manière dont elle en a acquis la possession. Le défaut de réponse induit une présomption d'acquisition illicite des biens, ce qui a pour effet de rendre la personne passible de poursuites civiles régies par le *POCA*. Celle-ci peut être toute personne morale de droit britannique ou étranger⁹⁵. Quant aux biens, ils peuvent être situés à l'étranger⁹⁶.

2.2.4 - Conspiration (*conspiracy*)

Un autre exemple particulièrement intéressant est fourni par le régime de répression de différentes hypothèses de conspiration (*conspiracy*) en lien avec la commission d'une infraction substantielle

⁹⁰ Partie 5 du *POCA*.

⁹¹ Section 282A du *POCA*, introduite par la Section 48 du *Crime and Courts Act 2013* à la suite de la décision de Cour Suprême *Perry v. SOCA* [2012]. UKSC 35.

⁹² Défini comme : (i) un comportement sur le territoire du Royaume-Uni qui est illicite au sens de la loi pénale britannique ; ou (ii) un comportement dans un autre pays que le Royaume-Uni et qui est illicite dans cet autre pays, et qui aurait été illicite au Royaume-Uni s'il avait eu lieu sur son territoire. Il s'agit ainsi d'un test de double-incrimination. L'insertion récente d'une s.241A *POCA* 2002 (en vertu de la Section 13 du *Criminal Finances Act 2017*) a ajouté « une atteinte ou une violation manifeste des droits de l'Homme » à la définition du comportement infractionnel au sens de la Partie 5 du *POCA* (recouvrement civil). Il s'agit pour le Royaume-Uni d'introduire une mesure ciblant les biens des individus impliqués dans des régimes politiques répressifs partout dans le monde; en conformité avec l'approche des États-Unis, au sujet de la législation connue sous le nom de *Magnitsky Act 2012*.

⁹³ *National Crime Agency v. Azam* [May 2015], *District Court of Luxembourg*.

⁹⁴ Partie 1 du *Criminal Finances Act, 2017*, qui complète le *POCA*.

⁹⁵ Section 362H(5) du *POCA*.

⁹⁶ Section 362H(6) du *POCA*.



(*conspiracies to commit substantive offences*) en droit pénal britannique. Dans le contexte de la criminalité financière, différents régimes juridiques peuvent s'articuler : d'une part, la conspiration de droit commun en vue de commettre une fraude (*common law conspiracy to defraud*) ; d'autre part, le cas de la conspiration réprimée spécifiquement par *Criminal Law Act, 1977*⁹⁷ ; et, enfin, le *Fraud Act 2006* dont le champ extraterritorial a été précisé dans le *Criminal Justice Act 1993* dans sa version modifiée.

Il existe également une conspiration de droit commun définie par la jurisprudence comme « l'accord visant à priver de manière malhonnête une personne d'un bien lui appartenant, ou à laquelle elle a ou pourrait avoir le droit, ou de porter atteinte par malhonnêteté à certains droits de propriété »⁹⁸. La loi a précisé qu'une personne mise en examen pour une telle conspiration peut être jugée responsable, peu importe qu'elle ait participé à la conspiration en Angleterre, ou que tout agissement en relation avec cette conspiration ait, ou non, eu lieu en Angleterre⁹⁹.

En 1998, le *Criminal Law Act 1977* a été modifié afin de créer une nouvelle infraction distincte : la conspiration en vue de commettre des infractions à l'étranger (*conspiracy to commit offences abroad*)¹⁰⁰. En application de la Section 1A de cette loi, est visée la commission d'un acte en dehors de l'Angleterre ou du Pays de Galles, lequel acte constitue une infraction dans le pays où il est commis. L'objectif poursuivi par la Section 1A est d'étendre l'application du droit anglais et de donner aux tribunaux anglais une compétence extraterritoriale à l'égard de conspirations qui : (a) sont en partie formées ou mises en œuvre en Angleterre ou au Pays de Galles ; et (b) dont l'objet est la commission d'une infraction à l'étranger, à la condition qu'il existe une infraction équivalente en Angleterre ou au Pays de Galles. Cette disposition ne s'applique toutefois que si quatre conditions sont réunies : (i) la poursuite du comportement répréhensible implique la réalisation d'actes par une ou plusieurs des parties à l'accord en dehors du Royaume-Uni; (ii) l'acte susmentionné constitue une infraction au sens du droit local du pays étranger concerné ; (iii) l'accord constituerait une conspiration au sens du *Criminal Law Act, 1977*, à cela près que l'infraction ne serait pas susceptible de poursuites judiciaires en Angleterre ou au Pays de Galles si elle était commise conformément à l'intention des parties ; et enfin (iv) une partie à l'accord, que ce soit directement ou par personne interposée, a agi en Angleterre ou au Pays de Galles en lien avec l'accord avant sa formation, est devenue une partie à l'accord en Angleterre ou au Pays de Galles, ou encore a agi (par action ou par omission) en Angleterre ou au Pays de Galles conformément à l'accord¹⁰¹.

⁹⁷ Section 1A.

⁹⁸ An agreement to «deprive a person dishonestly of something which is his or to which he is or would be or might be entitled or by dishonesty to injure some proprietary right». *Scott v. Metropolitan Police Commissioner [1975] AC 819 at 840F*

⁹⁹ Section 3(2) *Criminal Justice Act 1993*.

¹⁰⁰ Ajouté par le *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998, Section 5*.

¹⁰¹ Sections 1A(1) à (5), *Criminal Law Act 1977*.



Enfin, le *Fraud Act* 2006 se voit également attribuer une large portée extraterritoriale¹⁰². En résumé, dès lors qu'un quelconque élément constitutif d'une infraction de fraude¹⁰³ intervient sur le territoire anglais ou gallois, le tribunal est compétent pour juger l'auteur, que celui-ci ait ou non été présent sur le territoire tout moment pertinent, ou ait, ou non, été citoyen britannique à l'époque des faits.

2.2.5 - Les autres textes

Le *Serious Crime Act* 2007 incrimine le fait d'encourager ou d'assister une personne dans la commission d'une infraction pénale. Lorsqu'une personne, en Angleterre et au Pays de Galles, sait ou pense qu'un acte frauduleux pourrait se produire en tout ou en partie hors de la juridiction, elle peut être mise en examen en vertu du *Serious Crime Act*, 2007 si l'infraction potentielle pouvait être jugée en Angleterre si elle était commise à l'étranger, ou l'agissement envisagé correspondait à une infraction pénale en vertu de la loi locale du pays étranger en cause¹⁰⁴. Lorsque cette personne se trouve également en dehors du territoire anglais ou gallois au moment d'encourager ou de prêter assistance à la commission de l'infraction envisagée, cette personne serait également tenue pénalement responsable en vertu des Sections 44 à 46, si elle pouvait autrement être jugée en Angleterre et au Pays de Galles, par exemple sur la base de sa citoyenneté britannique¹⁰⁵.

De nombreux autres exemples peuvent être trouvés dans des textes, notamment en lien avec la répression de l'évasion fiscale (*Criminal Finances Act*, 2017), en matière de lutte contre le terrorisme (*Terrorist Asset-Freezing Act*, 2010, *Counter-Terrorism Act*, 2008 et le *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, 2001) ou encore, en lien avec la conclusion d'accords de coopération et d'assistance mutuelle avec les autorités d'autres pays (*mutual legal assistance*, ou *MLAs*), tels que prévus par certains textes britanniques (par exemple, le *Crime (International Co-operation) Act*, 2003 (CICA)). Tous ces textes ont une portée extraterritoriale.

III- L'application des dispositions du droit de l'Union aux entités de pays tiers

Loin d'être démunie, l'Union européenne dispose d'instruments pour étendre l'application de son droit à des sujets de pays tiers. Toutefois, afin de respecter le droit international, il convient d'établir un lien de rattachement entre la disposition de droit de l'Union et l'entité étrangère (3.1) qui se manifeste au moyen d'une palette de critères de rattachement (3.2).

¹⁰² Partie 1 du *Criminal Justice Act* 1993, tel que modifié par le *Fraud Act* 2006 (Schedule 1).

¹⁰³ *Fraud by false representation* (Section 2), *fraud by failing to disclose information* (Section 3), ou *fraud by abuse of position* (Section 4 *Fraud Act* 2006).

¹⁰⁴ §(1) and (2) of Schedule 4 du *Serious Crime Act*, 2007.

¹⁰⁵ *R (Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ.



3.1 - L'exigence d'un lien de rattachement

3.1.1 - La consécration jurisprudentielle

Ainsi que l'a résumé un avocat général auprès de la Cour de justice de l'Union européenne, « *ce qui importe du point de vue du droit international, c'est que les faits présentent un lien suffisant avec l'État ou l'organisation internationale concernés* »¹⁰⁶. En droit international, l'élément de rattachement peut reposer sur le principe de territorialité, le principe de personnalité voire, plus rarement, le principe d'universalité (voir *supra* partie I). En droit de l'Union, le lien de rattachement présente une nature spécifique qui découle du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

D'une part, l'autonomie présente une dimension interne. Les articles 52 TUE et 355 TFUE définissent le champ d'application territoriale du droit de l'Union. Les dispositions de ce droit ne produisent d'effets juridiques que sur le territoire des États membres de l'Union¹⁰⁷. D'autre part, l'autonomie présente une dimension externe. L'Union européenne, forte de sa personnalité internationale, peut conclure des accords internationaux dont le champ d'application peut naturellement englober des situations relevant de pays tiers. On ne s'intéressera cependant ici qu'aux seuls effets des actes unilatéraux du droit de l'Union européenne.

Il en découle qu'une disposition de droit de l'Union ne peut pas présenter un champ d'application territoriale qui s'étendrait au-delà des frontières extérieures délimitées par les États membres¹⁰⁸. Cela ne préjuge cependant pas de l'aptitude d'une telle disposition à régir des situations se produisant sur le territoire de pays tiers dès lors qu'un lien de rattachement avec le territoire d'un État membre est caractérisé.

3.1.2 - Le précédent du droit de la concurrence

C'est dans le domaine de la concurrence que la question de l'extraterritorialité s'est originellement posée, permettant de dégager des règles qui peuvent être généralisées. Lorsque la Commission a appliqué les règles de concurrence aux entreprises établies dans des pays tiers, la Cour de justice a explicité la mesure dans laquelle la portée territoriale extensive de ces règles s'avère compatible

¹⁰⁶ CJUE, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, *Conclusions Kokott*, précité, pt 149.

¹⁰⁷ CJUE, *Gde ch.*, 8 septembre 2020, *Recorded Artists Actors Performers Ltd*, aff. C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677, pt 59 ; CJUE, 4 mai 2017, *Oussama El Dakkak*, aff. C-17/16, ECLI:EU:C:2017:341, pt 23 ; CJUE, 15 décembre 2015, *Parlement et Commission/Conseil*, aff. jtes C-132/14 à C-136/14, EU:C:2015:813, pts 76 et 77.

¹⁰⁸ CJUE, *Gde ch.*, 23 janvier 2018, *Albert Buhagiar e.a.*, aff. C-267/16, ECLI:EU:C:2018:26, pt 72.



avec le principe de territorialité consacré en droit international public¹⁰⁹. Ainsi, les articles 101 et 102 TFUE relatifs aux pratiques anticoncurrentielles sont applicables à des entreprises de pays tiers lorsque deux critères alternatifs sont remplis :

- d'une part, le critère de la mise en œuvre implique de constater que la pratique a été exécutée sur le territoire d'un ou plusieurs États membres de l'Union ;
- d'autre part, le critère des effets qualifiés implique de déterminer si les pratiques, bien qu'imputables à des sujets de pays tiers et mises en œuvre en dehors de l'Union, ont produit des effets prévisibles, immédiats et substantiels dans l'Union.

De même, le règlement relatif au contrôle des concentrations est applicable à des opérations auxquelles participent des entreprises de pays tiers. S'il fixe les critères des concentrations dites de « *dimension communautaire* » auxquelles il s'applique, le règlement est interprété par le juge comme s'appliquant à « *des opérations de concentration qui, bien que visant des activités (...) en dehors de [l'Union], ont pour effet de créer ou de renforcer une position dominante ayant pour conséquence d'entraver la concurrence effective d'une manière significative dans le marché [intérieur]* » dès lors que cet effet présente un caractère immédiat, substantiel et prévisible¹¹⁰.

Il est intéressant de noter que la Cour de justice de l'Union européenne s'est directement inspirée du droit américain puisque le critère de l'effet « *direct, substantiel, et raisonnablement prévisible* » est tiré du *Foreign Trade Antitrust Improvements Acts* (FTAIA) de 1982.

3.1.3 - Le degré variable du rattachement

Le droit de la concurrence a donc constitué un précédent pour dégager des critères d'application à des sujets de pays tiers de dispositions de droit de l'Union en raison de comportements exécutés en dehors du territoire des États membres. La Cour de justice a en effet appliqué l'exigence d'un lien de rattachement dans le domaine des transports¹¹¹, de la pêche¹¹², de la fiscalité¹¹³ ou encore, *last but not least*, du marché intérieur¹¹⁴.

¹⁰⁹ CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, aff. 22/71, EU:C:1971:113, pt 11 ; CJCE, 14 juillet 1972, *ICI Ltd./ Commission* (matière colorantes), aff. 48-69, ECLI:EU:C:1972:70, pt 11, *Conclusions Mayras*, ECLI:EU:C:1972:32 ; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc./ Commission*, aff. 6-72, Rec. p. 215, ECLI:EU:C:1973:22 ; CJCE, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c/ Commission*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, préc. ; CJUE, 9 juillet 2015, *InnoLux Corp. c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 ; CJUE, Gde ch., 6 septembre 2017, *Intel Corporation Inc., aff. C-413/14 P*, ECLI:EU:C:2017:632.

¹¹⁰ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. p. II-753, ECLI:EU:T:1999:65, pts 82 et 92.

¹¹¹ CJUE, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10, précité.

¹¹² CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453, pt 9.

¹¹³ CJUE, Gde ch., 3 mars 2020, *Google Ireland Ltd*, aff. C-482/18, ECLI:EU:C:2020:141, *Conclusions Kokott*, ECLI:EU:C:2019:728, pts 44-45.

¹¹⁴ CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, EU:C:2000:605, *Conclusions Léger*, ECLI:EU:C:2000:230.



Il en résulte une constante que l'avocat général Léger a mise en évidence dans ses conclusions dans une affaire portant sur l'application de la directive sur les agents commerciaux indépendants aux commettants établis dans un pays tiers : l'existence d'un lien territorial peut être caractérisée « *soit par la présence effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre, soit par l'exercice d'une activité économique sur ce territoire*¹¹⁵ ». Le lien de rattachement avec le territoire d'un État membre est ainsi une exigence incontournable. Toutefois, selon les domaines du droit de l'Union, le degré d'intensité de ce lien s'avère fort variable¹¹⁶.

Certaines dispositions du droit de l'Union ont une vocation naturelle à régir des situations relevant de pays tiers. C'est tout particulièrement le cas de l'article 63 TFUE selon lequel la libre circulation des mouvements de capitaux et des paiements s'applique également dans les relations avec les pays tiers. Si cette liberté peut donc être invoquée par un sujet de pays tiers, elle permet cependant de contester uniquement les mesures des États membres de l'Union. La Cour de justice a, de surcroît, insisté sur le fait que le traité n'ayant étendu ni la liberté d'établissement ni la libre prestation de services aux États tiers, « *il importe d'éviter que l'interprétation de l'article 63, paragraphe 1, TFUE, en ce qui concerne les relations avec ces États, permette à des opérateurs économiques qui n'entrent pas dans les limites du champ d'application territorial de la liberté d'établissement de tirer profit de celle-ci* »¹¹⁷. Un autre exemple est donné par le règlement (UE) 2020/1998 qui prévoit d'infliger des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits à des personnes physiques ou morales relevant de pays tiers. Son article 19 dispose que ce règlement s'applique à « *toute entité ou tout organisme en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'Union* »¹¹⁸. Si ce lien de rattachement s'avère particulièrement large pour permettre d'infliger ces mesures restrictives aux sujets de pays tiers, celles-ci sont cependant exécutées par les États membres de l'Union sur leur territoire.

En règle générale, la disposition de droit de l'Union n'est pas conçue comme ayant pour objet principal de s'appliquer à des sujets ou des situations relevant de pays tiers. C'est de façon incidente que certaines dispositions du droit dérivé peuvent également intégrer dans leur champ d'application de tels sujets ou situations. C'est tout particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de régir certaines activités qui, par essence, s'exercent à une échelle mondiale et donc correspondent également à des situations relevant *a priori* de pays tiers. Par exemple, il est logique que la directive relative aux émissions de gaz à effet de serre s'applique à des exploitants d'aéronefs immatriculés dans un État tiers dès lors que les aéronefs en cause effectuent un vol au départ ou à l'arrivée d'un aéroport

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Voy. J. SCOTT, « *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law* », précité, pp. 100-104.

¹¹⁷ CJUE, 24 novembre 2016, *SECIL*, aff. C-464/14, ECLI:EU:C:2016:896, pt 42. Voy. aussi CJUE, 10 avril 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, aff. C-190/12, ECLI:EU:C:2014:249, pt 31. CJUE, Gde ch., 13 novembre 2021, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, aff. C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707, pt 100. CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, Rec. p. I-9305, EU:C:2000:605, Conclusions Léger, ECLI:EU:C:2000:230.

¹¹⁸ Article 19 du règlement (UE) 2020/1998, précité, p. 1.



situé sur le territoire de l'un des États membres¹¹⁹. De même, on comprend aisément que le règlement (CE) 1005/2008 concernant la lutte contre la pêche illicite s'applique à chaque fois qu'un navire de pêche d'un pays tiers souhaite accéder au port d'un État membre¹²⁰ ou encore que le règlement établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières s'applique aux marchandises originaires d'un pays tiers et produites à partir d'activités polluantes^{120bis}.

Le secteur numérique s'avère particulièrement propice à une lecture extensive de la territorialité. Il serait vain en effet de limiter au seul territoire des États membres de l'Union un régime juridique qui porte sur une activité par essence transnationale et s'affranchissant aisément des frontières, fussent-elles extérieures de l'Union européenne. Ainsi, le projet de *Digital Services Act* prévoit que « les fournisseurs de services intermédiaires établis dans un pays tiers qui offrent des services dans l'Union désignent un représentant légal doté d'un mandat suffisant dans l'Union et fournissent des informations relatives à leurs représentants légaux, de manière à permettre une surveillance efficace et, le cas échéant, l'application du présent règlement à l'égard de ces fournisseurs. Le représentant légal devrait pouvoir également faire office de point de contact, pour autant que les exigences pertinentes du présent règlement soient respectées »¹²¹.

La volonté de garantir la protection des données explique une lecture extensive du rattachement de ce droit à l'ordre juridique de l'Union dans l'affaire *Google Spain*. Dans cette affaire, la Cour de justice a retenu une acception large du champ d'application de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (qui a été remplacée par le RGPD¹²²), en envisageant un groupe d'entreprises comme une unité économique. Alors même que la directive 95/46/CE prévoyait uniquement que « l'établissement, dans un pays tiers, du responsable du traitement de données ne doit pas faire obstacle à la protection des personnes », la Cour de justice a estimé que « le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large »¹²³.

En l'espèce, la question s'est posée de savoir si la directive était applicable, eu égard à la circonstance que *Google Search* est exploité et géré par *Google Inc.*, société américaine, et qu'il n'était pas établi

¹¹⁹ CJUE, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10, précité, pt 124.

¹²⁰ Règlement (CE) n°1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) n° 2847/93, (CE) n° 1936/2001 et (CE) n° 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) n° 1093/94 et (CE) n° 1447/1999, JOUE L 286, 29 octobre 2008, p. 1.

^{120bis} Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, 14 juillet 2021, COM/2021/564.

¹²¹ Considérant 13 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020)825.

¹²² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE L 119, 4 mai 2016, p. 1.

¹²³ CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, pt 54.



que *Google Spain* réalise en Espagne une activité directement liée à l'indexation ou au stockage d'informations ou de données contenues dans les sites web de tiers. Cependant, la directive prévoit que le traitement de données à caractère personnel en question soit effectué non « par » l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit « dans le cadre des activités » de celui-ci. En conséquence, ce traitement « qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que *Google Search*, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre, est effectué “dans le cadre des activités” de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, qui servent à rentabiliser le service offert par ce moteur »¹²⁴. Ainsi, la directive a été considérée applicable parce que l'activité de promotion et de vente des espaces publicitaires, dont s'occupe *Google Spain* pour l'Espagne, constitue une partie essentielle de l'activité commerciale du groupe *Google* et peut donc être considérée comme étant étroitement liée à *Google Search*. En l'occurrence, l'interprétation large du champ d'application de la directive est fondée par la Cour de justice sur la nécessité « d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel »¹²⁵.

Le droit financier de l'Union est une terre d'élection pour les dispositions prévoyant l'extension du champ d'application à des opérateurs de pays tiers. Il l'est d'autant plus que, dans la quête d'une stabilité financière, érigée au rang d'objectif à part entière de l'Union par la Cour de justice, il serait illusoire de cantonner les effets du droit dérivé aux seuls territoires des États membres de l'Union¹²⁶.

De façon récurrente, l'acte de droit dérivé précise qu'il s'applique à des entreprises de pays tiers par les liens qui peuvent s'établir entre sociétés dans un groupe dont une partie des entités se trouvent dans l'Union. Par exemple, la directive relative aux fonds d'investissement alternatifs (FIA) s'applique aux gestionnaires établis dans l'Union qui gèrent un ou plusieurs FIA indépendamment du fait que ces FIA soient des FIA de l'Union ou des FIA de pays tiers et elle consacre tout un chapitre aux « règles spécifiques concernant les pays tiers »¹²⁷. L'article 1^{er} de la directive Mifid II prévoit, quant à lui, que celle-ci « s'applique aux entreprises d'investissement, aux opérateurs de marché, aux prestataires de services de communication de données, ainsi qu'aux entreprises de pays tiers fournissant des services d'investissement ou exerçant des activités d'investissement au moyen de l'établissement d'une succursale dans l'Union¹²⁸ ». De même, la notion de « groupes d'agences de notation de crédit » au

¹²⁴ *Ibid.*, pt 55.

¹²⁵ *Ibid.*, pt 53.

¹²⁶ Voy. P. DAVIES, « *Financial Stability and the Global Influence of EU Law* », in M. CREMONA, J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, op. cit., pp. 174-195.

¹²⁷ Chapitre VII de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, JOUE L 173, 12 juin 2014, p. 349.

¹²⁸ Article 1^{er} de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE L 173, 12 juin 2014, p. 349.



sens du règlement sur ces agences, « *comprend également les agences de notation de crédit établies dans des pays tiers* »¹²⁹. Outre le champ d'application, la prise en compte de situations relevant de pays tiers peut également être prévue au titre des obligations substantielles consacrées par les actes de droit dérivé. Par exemple, une agence de notation de crédit établie dans l'Union ne peut avaliser une notation de crédit émise dans un pays tiers que lorsque les activités de notation de crédit qui ont donné lieu à l'émission de ladite notation satisfont à une série de conditions¹³⁰. Le règlement (UE) n° 648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux prévoit la prise en compte des contreparties établies dans des pays tiers¹³¹.

Les exemples de dispositions du droit dérivé prévoyant une application territoriale extensive sont aussi nombreuses dans le secteur financier que le contentieux s'avère rare. Tout au plus relève-t-on, dans un recours introduit par le Royaume-Uni à l'encontre de la directive CRD IV – mais litige dans lequel cet État s'est finalement désisté –, un moyen invoqué relatif à une violation du principe de territorialité au motif que la directive s'applique à des entités au niveau d'un « *groupe, de l'entreprise mère et des filiales* » établies en dehors de l'Union dans son ensemble. L'avocat général avait répondu que les dispositions en cause de la directive CRD IV ne prétendent pas « *à une telle universalité mais visent seulement à soumettre au cadre réglementaire de l'Union européenne des sociétés étrangères d'un groupe appartenant à des établissements financiers de l'Union européenne* »¹³².

En résumé, l'extraterritorialité est beaucoup plus fréquente qu'on ne le pense en droit de l'Union. Elle prend cependant une forme bien distincte de celle pratiquée aux États-Unis ou au Royaume-Uni dans la mesure où il s'agit davantage d'étendre l'application des dispositions de droit de l'Union à des situations relevant de pays tiers que de poursuivre et sanctionner des pratiques commises à des entités extérieures à l'Union.

3.2 - Les critères de rattachement

Il convient d'identifier les critères de rattachement à l'ordre juridique de l'Union européenne de situations relevant *a priori* de pays tiers afin de satisfaire les exigences du droit international public. Deux grandes séries de critères de rattachement peuvent être distinguées, tandis que d'autres présentent un caractère résiduel.

¹²⁹ Article 3 m du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 302, 17 novembre 2009, p. 1.

¹³⁰ Article 4 du règlement (CE) n° 1060/2009, précité.

¹³¹ Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JOUE L 176, 27 juin 2013, p. 1.

¹³² CJUE, Royaume-Uni / Parlement européen et Conseil, aff. C-507/13, Conclusions JÄÄSKINEN, précité, pt 39.



3.2.1 - L'établissement de l'opérateur sur le territoire

Le rattachement peut être établi par la présence structurelle effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre. Dans cette hypothèse, il n'existe en réalité aucune extraterritorialité *stricto sensu* du droit de l'Union. Lorsque l'opérateur établi sur le territoire d'un État membre est lié à des entreprises de pays tiers, l'acte de droit dérivé qui le régit peut produire des effets à l'encontre de ces dernières. En établissant un lien caractérisé avec le marché intérieur, l'acte peut étendre son application en dehors du territoire des États membres.

Une première solution consiste à prévoir l'obligation pour un opérateur de pays tiers de s'établir sur le territoire d'un État membre, généralement par voie d'un établissement secondaire. Par exemple, l'exigence de l'ouverture d'une succursale dans l'Union établit le rattachement sans aucune ambiguïté.

Une seconde solution consiste pour le législateur de l'Union à exiger la création d'un élément de rattachement d'une entreprise de pays tiers en imposant la localisation d'un intermédiaire dans l'Union. L'hypothèse est, en particulier, celle de la désignation par les sociétés de pays tiers d'un représentant légal pouvant faire office de point de contact dans l'Union.

3.2.2 - L'exercice d'une activité économique sur le territoire

Le rattachement peut également être tributaire de l'exercice d'une activité économique sur le territoire d'au moins un État membre de l'Union européenne. En droit positif national ou européen, le critère de l'existence d'une activité économique quelconque réalisée sur le territoire de l'Union européenne ou sur celui d'un État membre s'avère à l'occasion utilisé, ce qui n'est pas sans rappeler le *UK Modern Slavery Act* qui couvre les entreprises étrangères dès lors qu'une partie de leur activité, si minime soit-elle, est conduite au Royaume-Uni (voir *supra* II B). Ce critère est assurément le plus idoine pour produire un « *Brussels effet* » afin de diffuser à l'échelle mondiale les valeurs de l'Union, en soumettant des sociétés non européennes à des exigences environnementales, sociale etc., tout en garantissant au profit des sociétés européennes un « *level playing field* ».

Le règlement (CE) n° 2020/1998 du 7 décembre 2020 relatif à la répression des graves violations des droits de l'homme constitue l'exemple de ce type de rattachement retenant la conception la plus large¹³³. Selon son article 19, il est en effet applicable « *à toute personne morale, toute entité ou tout organisme en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'Union* ». La lecture est éminemment extensive d'autant que l'opération commerciale n'est pas définie et qu'une réalisation partielle suffit.

¹³³ Règlement (CE) n° 2020/1998, précité.



La question se pose de savoir si une telle approche peut être reprise pour d'autres dispositions du droit de l'Union, à l'instar notamment des propositions de directives NFRD-CSRD ou devoir de vigilance. Ces textes seraient ainsi applicables à des entreprises de pays tiers pour les comportements adoptés en dehors du territoire de l'Union uniquement parce celles-ci ont une présence économique en Europe. Le risque est cependant qu'une lecture trop large de la présence économique conduise à ne plus satisfaire à l'exigence de territorialité concrétisée par un lien de rattachement suffisamment effectif, telle qu'elle a été dégagée par la Cour de justice. À cet égard, le règlement (CE) n° 2020/1998 ne saurait constituer un précédent, pour deux raisons. D'une part, il a été adopté au titre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de sorte qu'il a nécessairement pour objet les rapports avec les pays tiers. D'autre part, il ne produit des effets que dans l'Union puisqu'il est mis en œuvre par les États membres, soit parce que ceux-ci gèlent les avoirs détenus par des entités de pays tiers sur leur territoire, soit parce qu'ils interdisent l'accès des ressortissants de pays tiers à leur territoire.

Il est donc nécessaire de caractériser par un critère plus précis la présence économique dans l'Union européenne. À cet effet, plusieurs critères sont envisageables. On songe principalement au nombre de salariés employés mondialement ou localement, à la cotation des titres d'une société du groupe ou au chiffre d'affaires consolidé de l'entreprise concernée.

- Le comptage des salariés est actuellement retenu en France pour la définition du périmètre du devoir de vigilance. Il est également compris, parmi d'autres, dans celle du devoir européen d'information extra-financière (NFRD-CSRD). Son utilisation, à titre de complément, pourrait trouver à se justifier compte tenu de certains impératifs en matière de respect des normes sociales. Il a cependant l'inconvénient d'ouvrir des voies de contournement et de créer des effets pervers en termes d'emploi sur le territoire européen. En effet, il pourrait avoir pour conséquence de dissuader l'installation dans l'Union européenne d'opérateurs étrangers.

- Le critère de cotation des titres dans l'Union européenne peut également être efficace en conduisant à imposer à une entreprise non ressortissante qui sollicite le marché européen des capitaux de communiquer aux investisseurs des informations de type RSE pertinentes analogues à celles que doit communiquer une entreprise établie dans l'Union. Il s'agirait là d'une règle de police boursière garantissant la bonne information du marché, qui n'aurait rien d'exceptionnel en droit. Il est acquis que les investisseurs portent une attention accrue aux facteurs sociaux et environnementaux dans leur prise de décision. Là aussi, il convient de tenir compte du possible inconvénient de dissuader certaines sociétés de faire coter leurs titres sur les marchés boursiers européens, ce qui pourrait

¹³⁴ Voir l'obligation de transparence à laquelle sont, à cet égard, soumis les investisseurs professionnels opérant dans l'Union européenne en vertu du règlement (UE) n° 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, JOUE L 317, 9 décembre 2019, p. 1.



nécessiter des aménagements, destinés à préserver l'attractivité internationale du marché. Par ailleurs, le recours exclusif au critère de cotation est contestable au regard de l'égalité de traitement des entreprises dans la mesure où de grandes sociétés non cotées ou cotées uniquement en dehors de l'Europe, échappant ainsi à ce critère, sont susceptibles de produire un impact social et environnemental significatif en Europe.

- Le critère le plus en ligne avec une réglementation relevant de la police du marché est sans doute celui du chiffre d'affaires d'une entreprise. Il est utilisé par la directive NFRD-CSR, la *UK Modern Slavery Act* ou encore la loi française anti-corruption. Son adaptation aux objectifs poursuivis devrait l'ériger en critère d'application principal. En termes de proportionnalité, le critère du chiffre d'affaires consolidé réalisé dans l'Union européenne présente un haut niveau de pertinence pour définir le champ d'application de directives RSE et de sécurité au regard de l'efficacité de la norme. En termes d'égalité, il pourrait s'appliquer aussi bien aux sociétés européennes que non-européennes, qui ont choisi de cibler le marché intérieur. Afin d'intégrer la portée mondiale de certaines obligations européennes, à l'instar du devoir de vigilance, la question se pose toutefois de savoir s'il ne faudrait pas, en toute hypothèse, recourir à l'égard des sociétés non-européennes à l'établissement d'un seuil mondial, qui se cumulerait avec le chiffre d'affaires européen ou serait plus simplement utilisé pour imposer aux dites sociétés une communication de leur chiffre d'affaires européen. En termes d'efficacité, le contenu économique du critère prévient les contournements trop commodes, en permettant d'appréhender non seulement le chiffre d'affaires du groupe consolidé, mais aussi l'utilisation, par exemple, de réseaux de distribution hors groupe. Il n'en faut pas moins traiter les possibles effets d'éviction liés à l'utilisation d'un tel critère ou encore les difficultés de mise en œuvre pratique liées notamment au fait qu'un tel chiffre d'affaires réalisé en Europe n'est pas nécessairement une donnée publiée par les opérateurs économiques, et facilement vérifiable.

- Le critère du chiffre d'affaires perd en revanche de sa pertinence en présence de réglementations relevant de la structure ou de la gouvernance des sociétés, comme la redéfinition des devoirs des dirigeants ou la mise en place de comités de parties prenantes. L'application à des sociétés non européennes de telles dispositions substantielles du droit des sociétés se heurte en effet à des obstacles supplémentaires, que l'on conçoit aisément. Ils tiennent au risque de redondances et/ou de contradictions au regard de la loi personnelle ou d'origine de la société étrangère concernée. Un tel risque explique précisément, en ce domaine, la domination internationale du principe de reconnaissance de la compétence de la *lex societatis* pour fixer seule les règles d'organisation de la personne morale. On peut difficilement imaginer, en effet, que ces règles, qui se situent au cœur du droit des sociétés, puissent relever de plusieurs lois nationales. Ainsi, le droit boursier, notamment, s'efforce traditionnellement d'éviter le recours à des lois de police en matière de gouvernement d'entreprise, afin de ne pas placer les émetteurs cotés dans la situation de devoir choisir entre la violation de la loi de leur marché de cotation et celle de leur *lex societatis*. Sont significatives, à cet



égard, des protestations qu'avaient soulevées les règles de gouvernance issues de la loi *Sarbanes-Oxley* de 2002 (voir *supra* II A) et les velléités de les appliquer aux émetteurs cotés non américains. Les problèmes d'incompatibilités des législations, qui s'étendaient d'ailleurs au-delà du seul droit des sociétés, pour inclure le droit du travail, celui des données personnelles, etc., s'étaient finalement réglés au moyen de compromis prenant la forme d'exemptions accordées par la SEC en considération de l'équivalence des protections offertes par les lois d'origine des émetteurs.

L'existence de ces contraintes particulières ne prive pas de toute possibilité d'action le législateur de l'Union. Il revient simplement à ce dernier de les intégrer au stade de l'élaboration des règles. La justification d'une inclusion des sociétés non européennes fondée sur la nécessité d'un « *level playing field* » international doit donc tenir compte du fait que, à la différence des sociétés opérant uniquement en Europe, ces sociétés peuvent déjà être soumises à des obligations analogues ou incompatibles relativement à la publication et à la mise en œuvre d'une stratégie de « *durabilité* ». Quant à la voie de l'exemption fondée sur la reconnaissance d'équivalences fonctionnelles, si elle peut se concevoir pour les sociétés non européennes relevant de certaines législations nationales, elle sera beaucoup moins aisée à emprunter pour d'autres. À l'égard de ces dernières, seules des mesures de transparence pourraient être envisageables. De manière générale, plus la législation de l'Union européenne se montrera exigeante et singulière dans la formulation d'obligations substantielles en matière de gouvernement d'entreprise durable, plus elle rendra difficile leur extension aux sociétés non européennes. À cet égard, il conviendra aussi d'incorporer dans l'équation le paramètre de l'attractivité des marchés européens des biens, services et capitaux. Les marchés dominant la planète financière peuvent se permettre un niveau d'exigences à l'égard des émetteurs étrangers qui n'est pas à la portée de tous.

En résumé, l'exposé des motifs de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité est éclairant sur le choix du critère de rattachement. La Commission européenne estime que « *le critère du chiffre d'affaires réalisé dans l'UE pour les entreprises de pays tiers crée un lien avec l'Union. La prise en compte du seul chiffre d'affaires réalisé dans l'Union se justifie car un tel seuil, adéquatement calibré, crée un lien territorial entre les entreprises de pays tiers et l'Union fondé sur les incidences que les activités de ces entreprises peuvent avoir sur le marché intérieur de l'Union, ce qui est suffisant pour que le droit de l'Union s'applique aux entreprises de pays tiers* »^{134bis}. L'intérêt de recourir au chiffre d'affaires net pour les entreprises non européennes plutôt qu'au nombre de salariés des entreprises de pays tiers, tient à ce qu'il existe une méthodologie pour calculer le chiffres d'affaires alors qu'il n'existe pas de définition commune du salarié de sorte

^{134bis} Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM(2022) 71, précité.



que le nombre de salariés (au niveau mondial) est difficile à calculer, « *ce qui entrave l'identification des entreprises de pays tiers couvertes par le champ d'application et empêche l'application effective des règles* »^{134ter}. En revanche, pour les entreprises de l'Union européenne, la Commission envisage de cumuler le chiffres d'affaires avec le nombre de salariés. Autrement dit, il est proposé au législateur de distinguer les critères d'applicabilité selon que l'entreprise est européenne ou de pays tiers. La Commission estime ainsi que la directive sur le devoir de vigilance devrait couvrir treize-mille entreprises européennes contre quatre-mille entreprises de pays tiers. Elle ajoute : « *Le fait que les entreprises de l'UE ne seront couvertes que si elles atteignent également la limite minimale du nombre de salariés est très peu susceptible de modifier les conditions de concurrence sur le marché intérieur de l'Union: les deux critères de taille applicables aux entreprises de l'UE, même s'ils sont cumulés, auront pour effet de couvrir encore des entreprises relativement plus petites par rapport à celles des pays tiers, étant donné que, dans leur cas, le chiffre d'affaires net total de l'entreprise à l'échelle mondiale doit être pris en compte* »^{134quater}.

3.2.3 - L'extraterritorialité du droit de l'Union par le recours à des clauses contractuelles

Le législateur de l'Union a parfois une démarche volontairement extraterritoriale, visant à ce que le droit européen soit reconnu et appliqué en dehors des limites de l'Union européenne, ou encore à éviter qu'un droit éventuellement applicable d'un État tiers ne vienne perturber le bon déroulement de procédures relevant d'un ordre public européen. Cette démarche du législateur européen se retrouve notamment dans le domaine de la protection des données personnelles, ainsi que dans le domaine de la défaillance des établissements bancaires, sujet hautement sensible depuis la crise de 2008. En dehors de l'existence de traités internationaux ou d'un cadre juridique international visant à faire prévaloir les règles de de l'Union européenne en dehors des limites du territoire des États membres, la seule solution envisageable consisterait, pour le législateur européen, à imposer que figurent, dans certains contrats liant une entité de l'Union européenne à une entité étrangère, des clauses visant à faire reconnaître des principes de droit européen ou les pouvoirs de l'autorité de résolution compétente au sein de l'Union.

3.2.3.1 - L'extraterritorialité du RGPD

Un premier exemple de cette démarche extraterritoriale se trouve dans le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles et à la libre circulation de ces données (« RGPD ») qui comporte un effet extraterritorial

^{134ter} *Ibid.*

^{134quater} *Ibid.*



dans plusieurs situations¹³⁵. Cet effet extraterritorial tire sa source de la volonté du législateur européen d'apporter aux ressortissants de l'Union européenne le même niveau de protection, quel que soit le pays dans lequel leurs données sont traitées.

Les règles d'application extraterritoriale du RGPD s'appliquent dans les situations où (a) l'entité est établie en dehors de l'Union européenne, mais réalise des traitements de données, relatives à des personnes qui se trouvent dans l'Union européenne, qui sont liés à l'offre de biens ou de services à ces personnes, qu'un paiement soit exigé ou non ou (b) l'entité est établie en dehors de l'Union européenne, mais réalise des traitements de données personnelles, relatives à des personnes qui se trouvent dans l'Union européenne, et qui sont liés au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union européenne.

Le RGPD reprend les règles de l'ancienne loi Informatique et libertés, en les simplifiant et en les complétant, afin de favoriser les transferts de données personnelles en dehors de l'Union européenne, dès lors qu'ils sont réalisés dans des conditions appropriées. Il prévoit ainsi des mécanismes de transferts de données personnelles organisés « *en cascade* » : le transfert peut être fondé sur une décision d'adéquation, à défaut de laquelle il convient de mettre en place des garanties appropriées, en l'absence desquelles certaines situations particulières peuvent néanmoins légitimer le transfert de données personnelles. Avec ce même objectif d'offrir aux personnes dont les données sont transférées hors de l'Union européenne un niveau de protection équivalent, les deux premiers mécanismes impliquent, directement ou indirectement, une application extraterritoriale du RGPD à des acteurs non européens.

Les transferts de données personnelles fondés sur une décision d'adéquation (Art. 45)

Une décision d'adéquation est une décision par laquelle la Commission européenne constate que le pays tiers, un territoire ou un ou plusieurs secteurs déterminés dans ce pays tiers, ou l'organisation internationale en question, assure un niveau de protection adéquat.

Parmi les éléments pris en compte par la Commission pour adopter une telle décision, figurent :

- l'État de droit ;
- le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- l'existence et le fonctionnement effectif d'une ou de plusieurs autorités de contrôle indépendantes dans le pays tiers, chargées d'assurer le respect des règles en matière de protection des données et de les faire appliquer ;

¹³⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE L 119, 4 mai 2016, p. 1.



- les engagements internationaux pris par le pays tiers ou l'organisation internationale en question, ou d'autres obligations découlant de conventions ou d'instruments juridiquement contraignants, ainsi que sa participation à des systèmes multilatéraux ou régionaux, en particulier en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel.

Le RGPD trouve à s'appliquer indirectement à des acteurs non européens dans la mesure où des règles équivalentes se retrouvent applicables par l'adoption d'engagements, de conventions ou de systèmes multilatéraux ou régionaux, qui incluent ces règles.

Les transferts de données personnelles fondés sur une garantie appropriée (Art. 46 et suivants)

En l'absence de décision d'adéquation de la Commission, l'entité peut transférer les données vers un pays tiers, sans autorisation préalable de l'Autorité (terme non défini ; il doit s'agir de l'autorité nationale compétente comme par exemple la CNIL en France) spécifique à chaque transfert, si :

- l'entité a prévu des garanties appropriées et
- les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives.

Les garanties appropriées pour le transfert peuvent notamment être fournies par :

- des BCR (*binding corporate rules*) : les BCR sont les règles internes relatives à la protection des données personnelles qu'applique une entité établie sur le territoire d'un État membre pour des transferts de données personnelles à un responsable du traitement ou un sous-traitant dans un pays tiers au sein d'un groupe d'entreprises ;

- des CCTCE (clauses contractuelles types de la Commission européenne) pouvant être adoptées par la Commission européenne ou l'autorité nationale, étant précisé qu'elles doivent ensuite être approuvées par la Commission. Le recours par une entité à des clauses types de protection des données ne l'empêche pas de fournir des garanties supplémentaires, par l'intermédiaire d'engagements contractuels complétant les clauses types de protection, visant à :

. inclure ces clauses dans un contrat plus large, tel qu'un contrat entre le sous-traitant et un autre sous-traitant ;

. ajouter d'autres clauses ou des garanties supplémentaires, à condition que celles-ci ne contredisent pas, directement ou indirectement, les clauses contractuelles et qu'elles ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux des personnes concernées.

Ces deux garanties appropriées tendent ainsi à faire appliquer, contractuellement, à des acteurs non européens, certaines règles protectrices du RGPD.

3.2.3.2 - L'extraterritorialité dans le secteur bancaire

Différentes mesures ont été envisagées pour permettre à un processus de résolution bancaire de se dérouler sans interférence défavorable d'un droit étranger.



La directive BRRD

La résolution bancaire est une procédure de gestion de crise encadrée par une directive, la directive « *résolution* » (directive BRRD)¹³⁶, visant à limiter l'impact des défaillances bancaires sur la stabilité du système financier national ou européen, à protéger les déposants et à éviter l'octroi d'aides d'État¹³⁷.

Cette directive donne des pouvoirs à l'autorité de résolution compétente (par défaut, les autorités de résolution des États membres ; pour les établissements bancaires importants, le Conseil de résolution unique CRU¹³⁸). Ces pouvoirs peuvent affecter de manière significative les droits des créanciers d'un établissement financier¹³⁹ établi dans l'Union européenne. Parmi ces pouvoirs, on peut relever le pouvoir de déprécier (jusqu'à éteindre, voire annuler) certaines dettes contractuelles de l'établissement en résolution¹⁴⁰, celui de suspendre ou de restreindre l'exercice de certains droits appartenant aux cocontractants de cet établissement (tels que, par exemple, les droits de résiliation, de compensation ou d'exécuter des sûretés)¹⁴¹, ou encore, celui de modifier unilatéralement les clauses des contrats¹⁴².

Ces pouvoirs s'imposent à tous les cocontractants des établissements financiers. Cela ne fait aucun doute lorsque les contrats concernés sont soumis au droit d'un État membre, puisque la directive BRRD est transposée dans le système juridique des États membres. En revanche, l'opposabilité de tels pouvoirs à l'égard du cocontractant dont le contrat est soumis à la loi d'un pays tiers, et leur reconnaissance par le juge compétent, n'est pas certaine, le tribunal compétent d'un État n'étant *a priori* pas tenu d'appliquer une loi de police étrangère.

Pour contourner cette difficulté, la directive BRRD impose donc aux établissements financiers d'insérer dans leurs contrats soumis à la loi d'un pays tiers des clauses en vertu desquelles le cocontractant reconnaît ces pouvoirs.

La clause de « *Resolution Stay Recognition* » (Article 71bis)

L'article 71bis de la directive BRRD impose l'insertion de clauses dans les contrats financiers en vertu desquelles les parties reconnaissent que le contrat peut être soumis à l'exercice des pouvoirs

¹³⁶ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE L 173, 12 juin 2014, p. 190.

¹³⁷ Article 2(1), point 1 de la directive BRRD, précitée.

¹³⁸ Single Resolution Board (SRB).

¹³⁹ La notion est prise dans son sens non technique et inclut les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les établissements financiers (*stricto sensu*, c'est-à-dire ceux qui sont définis dans CRR), et les compagnies holding concernées (compagnies financières holding, compagnies financières holding mixtes et compagnies holding mixtes).

¹⁴⁰ Articles 43 et s. ; article 63(1), § (e), (f) et (g) de la directive BRRD, précitée.

¹⁴¹ Articles 33bis, 68, 69, 70 et 71 de la directive BRRD, précitée.

¹⁴² Article 64 de la directive BRRD, précitée.



dont dispose l'autorité de résolution pour suspendre ou restreindre des droits et obligations du cocontractant en vertu de ladite directive.

Sont concernés tous les contrats financiers au sens de la directive¹⁴³, c'est-à-dire, principalement, les contrats sur titres (comme les contrats d'achat, de vente ou de prêt ou de pension de titres), les contrats sur matières premières, les contrats à terme, les accords de *swap*, ou encore les accords d'emprunts interbancaires à court terme.

Au-delà des seuls contrats financiers, le CRU recommande qu'une clause similaire soit également insérée dans des contrats conclus par un établissement bancaire européen¹⁴⁴ avec des prestataires de services relevant de fonctions critiques¹⁴⁵, et gouvernés par le droit d'un pays tiers, pour assurer la résilience de ces contrats, en cas de résolution bancaire affectant l'établissement bancaire, afin d'assurer la continuité des fonctions critiques externalisées¹⁴⁶.

Le CRU précise, par ailleurs, que, pour autant que les obligations contractuelles continuent d'être remplies par l'établissement bancaire en résolution, cette notion de « *résilience* » à la résolution recouvre les aspects suivants¹⁴⁷ :

- l'absence d'annulation, de suspension ou de modification des services en situation de résolution bancaire et en phase de restructuration ;
- la transférabilité possible de la fourniture des services vers une autre entité par le récipiendaire ou l'autorité de résolution du fait d'une résolution ou d'une restructuration ;
- le soutien du fournisseur lors d'un transfert de services ou lors de la résiliation du contrat pendant une résolution ou une restructuration ;
- la fourniture continue des services à une entité qui a été cédée pendant une résolution ou une restructuration.

¹⁴³ Article 2(1)(100) de la directive BRRD, précitée.

¹⁴⁴ Voir le champ d'application de cette recommandation : SRB, *Expectations for Banks (Efb)*, March 2020 (https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/efb_main_doc_final_web_0_0.pdf).

¹⁴⁵ Définies à l'article 2(1)(35) de la directive BRRD comme étant « les activités, services ou opérations dont l'interruption est susceptible, dans un ou plusieurs États membres, d'entraîner des perturbations des services indispensables à l'économie réelle ou de perturber la stabilité financière en raison de la taille ou de la part de marché de l'établissement ou du groupe, de son interdépendance interne et externe, de sa complexité ou des activités transfrontières qu'il exerce, une attention particulière étant accordée à la substituabilité de ces activités, services ou opérations ». V. également, SRB, *Critical Functions: SRB Approach*, 2017 (https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/critical_functions_final.pdf).

¹⁴⁶ SRB, *Operational guidance on operational continuity in resolution*, n° 41, p. 15 : « Third-country contracts underpinning relevant services are expected to explicitly provide for the resolution-resilient features and to recognise that the contract may be subject to the exercise of resolution authority powers to suspend or restrict rights or obligations ('stay powers') under the BRRD. Banks could indicate that powers to prevent termination, suspension, and modification are subject to the condition of continued payment as contractually agreed ».

¹⁴⁷ V. *Single Resolution Board Operational Guidance on Operational Continuity in Resolution*, juillet 2020, n° 35, p. 14.



Selon l'approche du CRU, les contrats concernés sont ceux qui, d'une part, sont liés à la fourniture de services relatifs à des fonctions critiques au bénéfice de n'importe quelle entité d'un groupe bancaire, par des prestataires – qu'ils soient intra-groupes (mais externes à l'entité bénéficiaire) ou externes au groupe – et, d'autre part, sont soumis au droit et à la juridiction d'un pays tiers à l'Union européenne.

Tout contrat entrant dans la catégorie décrite ci-dessus doit inclure des éléments supplémentaires afin d'assurer la résilience à la résolution telles que définies par le CRU. Ces éléments visent à :

- obliger le prestataire à assurer la continuité de sa prestation en cas de résolution tant que l'entité du groupe respecte ses obligations contractuelles ;

- faire reconnaître au prestataire :

- . les pouvoirs que peuvent exercer les autorités de résolution et de leurs conséquences sur la relation contractuelle ;

- . que la survenance d'une résolution ne constitue pas, à elle seule, un manquement aux obligations contractuelles ;

- . l'activation de la clause de réversibilité en cas de résolution.

La clause de « 'Bail in' Recognition » (Article 55)

Un autre exemple peut être trouvé dans l'article 55 de la directive BRRD. Cette disposition prévoit l'obligation, pour les établissements financiers, d'insérer dans une large variété de leurs contrats¹⁴⁸ soumis à la législation d'un pays tiers, une clause contractuelle dite de « *Bail-In Recognition* », au travers de laquelle les cocontractants reconnaissent en particulier les pouvoirs de « *renflouement interne* » (ou, selon l'expression consacrée, de « *bail in* »)¹⁴⁹ attribués aux autorités de résolution compétentes en cas d'ouverture d'une procédure de résolution contre l'établissement (voire, pour certains instruments de dette¹⁵⁰, avant l'ouverture de cette procédure à certaines conditions). Ces clauses ont été longuement débattues au sein de l'AFME (*Association For Financial Markets in Europe*) en son temps (entre 2015 et 2016) et ont abouti à des clauses de place qui sont, par ailleurs, confirmées, quant à leur validité et leur efficacité (à la demande des autorités et comme cela est imposé par l'article 55 de la directive BRRD), par des avis juridiques émis par des cabinets d'avocats, dans les droits de pays tiers concernés (États-Unis – Loi de l'état de New York, Royaume-Uni, Japon, Chine, Australie, etc.).

¹⁴⁸ L'article 55 vise tous les engagements des établissements de crédit et entreprises d'investissement qui sont sujets à la mise en œuvre de l'outil de renflouement interne (ces engagements étant définis de manière négative au travers des dispositions de l'article 44(2) de BRRD qui liste les engagements exclus du Bail in).

¹⁴⁹ Conversion des dettes en fonds propres de base de catégorie 1, dépréciation totale ou partielle de ces dettes (et leur annulation en cas de dépréciation totale), modification de la maturité des dettes ou du montant des intérêts dus ou de la date à laquelle ils sont dus (en ce compris la suspension des paiements) ou des termes du contrat permettant de mettre en œuvre les pouvoirs de résolution et de Bail In des autorités compétentes.

¹⁵⁰ Instruments de fonds propres de catégorie 1 et instrument de fonds propres de catégorie 2.



L'objectif de cette disposition est le même que celui qui est poursuivi par l'article 71bis précité.

Il convient de noter que l'insertion de cette clause dans la documentation contractuelle d'un instrument de dette (titres obligataires, classiquement) soumise au droit d'un pays tiers (et la preuve de son efficacité dans le droit du pays tiers concerné au travers de la production d'un avis juridique) est l'un des critères essentiels de l'éligibilité de l'instrument concerné en fonds propres additionnels de catégorie 1¹⁵¹ ou en fonds propres de catégorie 2¹⁵² et/ou au ratio MREL¹⁵³ de l'établissement débiteur.

Dans le cadre de la directive BRRD2¹⁵⁴, les exigences de l'article 55 ont été précisées pour les contrats « *bail-in-able* » (hors dettes obligataires pour lesquelles ces exigences étaient déjà bien clarifiées) en prévoyant des possibilités d'exemptions très encadrées.

3.2.4 - Les critères de rattachement encore incertains

D'autres critères de rattachement à l'ordre juridique de l'Union européenne peuvent-ils être envisagés ?

Tout d'abord, il existe des singularités sectorielles, comme le montrent les activités impliquant nécessairement une mobilité à une échelle internationale. Ainsi, il convient de ne pas exagérer la portée de l'arrêt *Air Transport Association of America* dont la solution a été tributaire de la spécificité du secteur du transport aérien : les règles européennes s'appliquent aux exploitants d'aéronefs immatriculés dans un État tiers dès lors que les aéronefs en cause effectuent un vol au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire de l'un des États membres¹⁵⁵.

Ensuite, dans ses conclusions dans l'affaire *Google Ireland*, l'avocate générale Kokott envisage de fonder le lien sur l'exigence linguistique¹⁵⁶. Après s'être demandée « *si le fait de lier une taxe à la langue*

¹⁵¹ Article 52 (q) du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE L 176, 27 juin 2013, p. 1, tel que modifié notamment par le règlement (UE) 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant le règlement (UE) n° 575/2013 en ce qui concerne le ratio de levier, le ratio de financement stable net, les exigences en matière de fonds propres et d'engagements éligibles, le risque de crédit de contrepartie, le risque de marché, les expositions sur contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le règlement (UE) n° 648/2012 (dit CRR2), JOUE L 150, 7 juin 2019, p. 1.

¹⁵² Article 63 (o) du règlement (UE) n° 575/2013 tel que modifié par le règlement CRR 2, précités.

¹⁵³ Article 72ter (n) règlement (UE) n° 575/2013 tel que modifié par le règlement CRR 2, précités.

¹⁵⁴ Directive (UE) 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE, JOUE L 150, 7 juin 2019, p. 296.

¹⁵⁵ CJUE, *Air Transport Association of America*, précité, pt 124.

¹⁵⁶ CJUE, *Google Ireland Limited*, aff. C-482/18, Conclusions Kokott, précité, pts 48 et s.



de la prestation de services peut être considéré comme un lien de rattachement territorial suffisant (ce qu'on appelle le *genuine link*)¹⁵⁷», elle a conclu positivement :

« Le rattachement à l'utilisation de la langue officielle de son propre pays présente, en principe, un lien de territorialité raisonnable (« *reasonable* ») suffisant. Le fait que la langue constitue une partie de l'identité d'une nation et que, dès lors, elle représente un lien étroit avec un État et son territoire est incontestable. La question de savoir dans quelle mesure cela vaut aussi pour l'anglais, en tant que langue « *universelle* », ne se pose pas ici »¹⁵⁸.

Le critère linguistique n'est toutefois pas nécessairement pertinent. L'affaire *Google Ireland* présentait une double spécificité. D'une part, était en cause une législation fiscale ; d'autre part, le rattachement devait se faire au droit d'un État membre. Pour le droit dérivé de l'Union, on voit mal comment fonder sur la langue un lien substantiel, ne serait-ce que du fait de l'emploi généralisé de l'anglais.

Enfin, le fait de libeller une transaction en euro suffit-il à établir un élément de rattachement avec l'ordre juridique intégré de l'Union ? Envisager un tel fondement de compétence soulève des difficultés de deux ordres.

En premier lieu, du point de vue des principes du droit international public relatifs aux compétences des États, cet élément de rattachement utilisé par les États-Unis a été vivement contesté. Dans certains de leurs programmes de sanctions économiques, les autorités américaines ont ciblé des transactions réalisées en dollars à l'étranger entre deux personnes étrangères et impliquant pour le paiement à titre principal deux banques étrangères en ce que ces transactions impliquaient à titre subsidiaire une opération de compensation se déroulant sur le territoire des États-Unis via le compte correspondant de ces banques étrangères auprès d'un établissement bancaire américain (c'est en ce sens que l'on parle de *correspondent account jurisdiction*). Cette démarche procède d'une interprétation très extensive de la compétence territoriale qui a été vivement critiquée car il n'existe pas de lien de rattachement substantiel avec le territoire américain de la transaction principale visée par les sanctions, l'opération de compensation n'étant qu'incidente¹⁵⁹. Ainsi que cela a été relevé, « *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 [...] even though any payment made in respect of that transaction would ultimately have to be reflected by*

¹⁵⁷ *Ibid.*, pt 48.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pt 50.

¹⁵⁹ Sur ces questions, voir R. 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*, 2015, p. 796 ; S. EMMENEGGER & T. DÖBELI, « The Extraterritorial Application of U.S. Sanctions Law », in A. Bonomi & K. Nadakavukaren Schefer (eds), *US Litigation Today: Still a Threat For European Businesses or Just a Paper Tiger?*, Schulthess, 2018, p. 231.



account movements on the clearing system which is operated within that State »¹⁶⁰. On peut également noter que la compétence réelle ne pourrait être également mobilisée puisque la transaction prohibée conclue entre personnes non américaines et se déroulant à l'étranger ne constitue pas en elle-même une atteinte directe aux intérêts fondamentaux de l'État¹⁶¹.

En second lieu, si l'Union européenne devait se reposer sur une compétence équivalente au correspondant *account jurisdiction*, des difficultés pourraient se présenter dans le contexte de l'euro puisqu'il ne s'agirait pas d'une compétence fondée sur l'utilisation de la monnaie en tant que telle, mais sur le rattachement territorial de l'opération de compensation. Dans cette hypothèse, serait-il question d'une compétence territoriale de l'Union européenne ou de l'État dont relève la banque correspondante (par exemple au Luxembourg) ? À la fragilité de la compétence territoriale dans son principe s'adosse donc une autre épineuse question. On peut également relever qu'un tel choix – qui s'explique pour les États-Unis en ce qu'ils disposent d'une devise incontournable et bénéficiant d'un « *privilege exorbitant* » dans les transactions économiques internationales – n'est pas nécessairement opportune pour la monnaie unique alors que la BCE s'efforce de promouvoir le rôle international de l'euro¹⁶². Les multinationales pourraient, en réaction au recours à un tel critère de rattachement, limiter l'utilisation de la devise européenne dans leurs transactions.

IV- L'effectivité des dispositions du droit de l'Union appliquées à des entités pays tiers

Ainsi que la partie II l'a mis en évidence, l'une des forces des systèmes anglais ou américain réside dans la menace de sanctions pécuniaires et pénales qui pèse sur les entreprises européennes. Le droit de l'Union s'inscrit pour l'instant dans une autre logique consistant davantage à attirer dans le champ d'application de ses dispositions des sujets de pays tiers pour leur imposer le respect de règles et standards européens (*juridictio*). La question se pose dès lors de savoir si l'Union européenne peut exercer une contrainte à l'encontre de sujets qui sont établis en dehors du territoire des États membres (*imperium*). Il s'agit donc d'envisager les mesures permettant de garantir l'effectivité du droit de l'Union dans le respect des exigences de territorialité (4.1). Se pose ensuite la question de l'identification des organes les mieux placés pour décider de telles mesures (4.2).

4.1 - Les mesures visant les entités de pays tiers

Dans l'esprit même du Brussels effect, l'une des principales forces de l'Union européenne repose sur l'attractivité du marché intérieur. De façon intuitive, une première mesure venant à l'esprit serait de

¹⁶⁰ Ch. PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford University Press, 2012, 7^e éd., p. 535.

¹⁶¹ S. EMMENEGGER & T. DÖBELI, « *The Extraterritorial Application of U.S. Sanctions Law* », précité, p. 250.

¹⁶² Banque de France, « *Le rôle international de l'euro* », *Bulletin de la Banque de France*, n° 229, 2020 ; ECB, *The International Role of the Euro*, June 2020.



restreindre l'accès au marché intérieur aux entités de pays tiers qui ne respecteraient pas les règles et standards européens. En droit, le recours à de telles mesures de restriction n'est pas évident (4.1.1). Le traité prévoit en revanche d'infliger des mesures restrictives dans le cadre de la PESC qui ne sont pas nécessairement adaptées (4.1.2). La voie des sanctions pénales et financières pose également des difficultés juridiques (4.1.3).

4.1.1 - Les restrictions d'accès au marché intérieur

4.1.1.1- Le retrait des agréments, autorisations ou licences

La solution la plus radicale consisterait à interdire l'accès au marché intérieur. L'idée serait que l'Union ou les États membres procèdent au retrait d'agréments, d'autorisations ou encore de licences délivrés par les autorités compétentes pour exercer une activité économique dans l'Union européenne. Si elle a le mérite de la simplicité, une telle piste de réflexion appelle une série de remarques juridiques qui en tempèrent le caractère opérationnel.

- Un tel retrait n'est envisageable que pour les activités dont l'exercice sur le marché intérieur est soumis à une réglementation prévoyant un régime d'autorisation préalable. Cela impliquerait, le cas échéant, d'instituer un tel régime pour les activités qui, en droit positif, ne sont pas soumises à autorisation préalable. D'un point de vue de pure opportunité, la mise en place d'un régime peut dissuader en amont des opérateurs de pays tiers d'exercer leurs activités sur le marché intérieur.

- Le retrait de l'autorisation d'accès doit être justifié. Dans une première perspective, il est motivé parce que l'opérateur ne remplit plus les conditions exigées pour accéder au marché. Il n'y a, à cet égard, pas de différence selon que les opérateurs sont établis dans l'Union ou dans les pays tiers. Dans une seconde perspective, le retrait est la sanction d'un comportement, ce qui implique le respect de garanties procédurales et substantielles pour les opérateurs visés.

- En droit international économique, les accords conclus par l'Union et les États membres prévoient des dispositifs de libéralisation des échanges auxquels peuvent se heurter les mesures unilatérales que l'Union ou les États membres pourraient adopter à l'encontre d'entreprises de pays tiers. Outre les tensions que cela peut engendrer entre l'Union et les pays tiers, des procédures de règlement des différends pourraient être engagées (voir *supra* partie I).

- En droit de l'Union, on rappelle que la liberté de circulation des capitaux vaut également dans les relations entre l'Union et les pays tiers (article 63 TFUE). Un régime d'autorisation préalable comportant la possibilité d'un retrait peut constituer une restriction à la libre circulation des mouvements de capitaux que les entités de pays tiers pourraient contester devant les juridictions de l'Union européenne. Toutefois, ces restrictions peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que la protection de l'environnement, des travailleurs, des consommateurs, etc.



4.1.1.2- Le régime d'équivalence

Dans ses relations avec les pays tiers, l'Union européenne recourt pour certaines activités, notamment en matière financière, à des régimes d'équivalence. L'acte législatif prévoit expressément que l'accès au marché intérieur d'un opérateur de pays tiers est autorisé lorsque le droit applicable dans ce dernier est considéré comme équivalent au droit de l'Union. Un tel régime permet aux entreprises de pays tiers de proposer certains de leurs services dans le marché intérieur, sans avoir à appliquer le droit de l'Union, ni à même demander un agrément, une autorisation ou une licence, ou encore à être soumis à la régulation d'une autorité d'un État membre ou européenne.

En application de l'acte législatif, il revient à la Commission d'adopter un acte d'exécution par lequel elle reconnaît l'équivalence en se fondant sur trois éléments :

- les exigences fixées par le droit du pays tiers sont comparables à celles du droit de l'Union et juridiquement contraignantes¹⁶³;
- leur respect est soumis à une surveillance effective de la part des autorités nationales ;
- elles permettent d'atteindre le même résultat que les exigences fixées par le droit de l'Union.

Quelques exemples d'équivalence reconnue peuvent être donnés¹⁶⁴ :

- l'activité des chambres de compensation américaines¹⁶⁵ ;
- l'activité d'audit en République populaire de Chine¹⁶⁶ ;
- l'activité d'assurance et de réassurance en Australie, aux Bermudes, au Brésil, au Canada, au Mexique et aux États-Unis¹⁶⁷, etc.

Le régime d'équivalence ne constitue pas une solution généralisable et n'est utilisé qu'avec parcimonie. En tout état de cause, cela présuppose que le pays tiers garantisse le respect de règles et de standards européens à un niveau analogue à celui retenu dans l'Union. Or, précisément, toute la question est celle de régir l'activité d'entreprises qui bénéficient d'un avantage compétitif en ne respectant pas ces règles et standards parce qu'elles échappent à la juridiction de l'Union.

¹⁶³ Commission européenne, *EU equivalence decisions in financial services policy : an assessment*, 22 février 2017, SWD(2017) 102, p. 7.

¹⁶⁴ Voir https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/overview-table-equivalence-decisions_en.pdf.

¹⁶⁵ Décision d'exécution (UE) 2016/377 de la Commission du 15 mars 2016 relative à l'équivalence du cadre réglementaire des États-Unis d'Amérique pour les contreparties centrales agréées et surveillées par la Commodity Futures Trading Commission avec les exigences du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 70, 16 mars 2016, p. 32.

¹⁶⁶ Décision d'exécution (UE) 2019/1874 de la Commission du 6 novembre 2019 relative à l'adéquation des autorités compétentes de la République populaire de Chine conformément à la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 289, 8 novembre 2019, p. 55.

¹⁶⁷ Décision déléguée (UE) 2015/2290 de la Commission du 12 juin 2015 sur l'équivalence provisoire des régimes de solvabilité en vigueur en Australie, aux Bermudes, au Brésil, au Canada, au Mexique et aux États-Unis et applicables aux entreprises d'assurance et de réassurance ayant leur siège social dans ces pays, JOUE L 323, 9 décembre 2015, p. 22.



4.1.1.3- La limitation d'accès aux marchés publics européens

Une autre idée serait de limiter l'accès des entreprises de pays tiers aux marchés publics dans l'Union. Là encore, des obstacles juridiques peuvent être mis en évidence.

- Le droit international économique impose des exigences de non-discrimination, de transparence et d'équité que l'Union européenne et les États membres doivent respecter (voir *supra* partie I). On pense tout particulièrement à l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP) conclu en 2012, qui lie l'Union européenne à vingt pays tiers dont les États-Unis. L'Union et les États membres sont également liés par des accords de libre-échange qui peuvent comporter des dispositions relatives aux marchés publics analogues à celles de l'AMP.

- Le droit européen de la commande publique consacre le principe d'une « *ouverture à la concurrence la plus large possible* ». Les directives européennes prévoient que les opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'AMP ou d'un accord de libre-échange doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable à celui réservé aux opérateurs économiques de l'Union^{167bis}. Est ainsi prévue une égalité entre les soumissionnaires européens et ceux issus d'États tiers à l'Union.

- La Commission a adopté en 2019 des « *orientations* »¹⁶⁸ qui fournissent une vue d'ensemble des pratiques discriminatoires suivies par les principaux pays tiers (États-Unis, Russie, Chine, Inde). Ces orientations prévoient dans quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs de l'Union européenne peuvent contrôler l'origine des produits et évaluer les offres d'opérateurs de pays tiers. Toutefois, ces orientations ne sont pas adaptées à l'hypothèse dans laquelle il s'agit d'empêcher une entreprise de pays tiers de candidater à un marché public dans l'Union lorsque celle-ci ne satisfait pas aux standards européens. Une réforme des directives marchés publics et concessions serait nécessaire, en veillant au respect des règles de l'AMP et des accords de libre-échange. Une proposition avait au demeurant faite en ce sens, mais n'avait pas été adoptée au sein du Conseil¹⁶⁹.

- En tout état de cause, une telle réflexion doit s'inscrire dans le cadre plus général qui devrait résulter des propositions pendantes de la Commission relatives aux distorsions causées par les subventions étrangères dans le marché intérieur¹⁷⁰. La proposition de règlement prévoit en effet la possibilité de limiter l'accès aux marchés publics des opérateurs de pays tiers lorsque ceux-ci bénéficient de subventions étrangères faussant le marché intérieur. On pourrait envisager d'étendre le dispositif aux hypothèses dans lesquelles les standards européens ne sont pas respectés par les opérateurs de pays tiers, afin de rétablir le « *level playing field* ».

^{167bis} Voir par exemple article 25 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94, 28 mars 2014, p. 65.

¹⁶⁸ Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union, C (2019) 5494, 24 juillet 2019.

¹⁶⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2012)124, 21 mars 2012.

¹⁷⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021)223, 5 mai 2021.



4.1.2 - Les mesures restrictives de la PESC

Le règlement (UE) 2020/1998 prévoit que des mesures restrictives peuvent être imposées à des entités de pays tiers pour sanctionner de graves violations aux droits de l'Union¹⁷¹. Le règlement s'applique à toute personne, entité ou tout organisme qui réalise une opération commerciale intégralement ou en partie dans l'Union (voir *supra* III B 2). Toutefois, le règlement ne s'avère pas adapté pour sanctionner des opérateurs qui ne respecteraient pas des standards européens en matière par exemple environnementale ou sociale. En effet, il se limite à des violations particulièrement graves des droits de l'homme (notamment torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, esclavage, exécutions et assassinats extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, disparitions forcées de personnes et arrestations ou détentions arbitraires). Les mesures restrictives prévues par ce règlement font partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de l'Union européenne.

De façon générale, le Conseil de l'Union peut adopter des mesures restrictives visant des entités de pays tiers. Conformément au chapitre 2 du titre V du traité UE, il lui revient de décider « l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers ». En application de cette décision, il peut adopter des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques, en se fondant sur l'article 215 TFUE.

Les mesures restrictives prennent le plus souvent la forme d'un gel de fonds et de ressources économiques, de restrictions en matière d'admission sur le territoire de l'Union (visas), d'embargos sur les armes, d'embargos sur le matériel susceptible d'être utilisé à des fins de répression interne, voire d'autres restrictions à l'exportation, de restrictions à l'importation et d'interdictions de vols¹⁷². Peuvent s'y ajouter des mesures telles que l'interdiction de prestation de services financiers ou d'investissements ou encore des interdictions sectorielles d'exercice d'activité¹⁷³

D'usage fréquent¹⁷⁴, ces mesures ont été essentiellement adoptées pour des pays tiers dont la politique étrangère ou la situation interne font craindre pour la paix et la sécurité internationale. La liste des États qui font l'objet de mesures restrictives est éclairante : Afghanistan, Biélorussie, Corée du Nord, Haïti, Lybie, Nicaragua, Russie, Nicaragua, etc.

Les mesures restrictives doivent être ciblées, c'est-à-dire ne viser que les personnes considérées responsables des politiques ou des actions qui ont déclenché la décision de l'Union, ainsi que les personnes bénéficiant de ces politiques et actions et les soutenant. Par exemple, à la suite de la crise ukrainienne, l'Union a adopté depuis 2014 des mesures restrictives en vue de réagir tant à l'annexion de la Crimée qu'à la guerre du Donbass¹⁷⁵. Les sanctions décidées à l'encontre de la Russie dès 2014 ont été très largement étoffées en 2022 pour réagir à la décision de reconnaître

¹⁷¹ Règlement (CE) n° 2020/1998, précité.

¹⁷² Conseil UE, Lignes directrices relatives aux sanctions, 4 mai 2018, § 14.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>.

¹⁷⁵ <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/ukraine-crisis/>.



comme des entités indépendantes les zones des oblasts de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et l'agression militaire non provoquée et injustifiée contre l'Ukraine. Au 1^{er} mai 2022, ce sont ainsi mille-quatre-vingt-treize-personnes et quatre-vingt entités qui sont visées et qui font l'objet d'un gel des avoirs et d'une interdiction de pénétrer sur le territoire de l'UE^{175bis}. La palette de sanctions s'avère large, depuis des mesures restrictives individuelles, des sanctions économiques (notamment dans le domaine énergétique), des restrictions imposées aux médias, des restrictions en matière de coopération économique, etc.

4.1.3 - Les sanctions pénales et financières

L'exemple américain montre que les sanctions constituent un vecteur puissant d'extension extraterritoriale. Leur « *effet préventif* » est indéniable en ce que les entreprises anticipent les risques et, plutôt que de s'engager dans un contentieux long et coûteux, se soumettent volontairement auxdites règles. Les quelques sanctions infligées à des entreprises européennes ont suffi à produire cet effet, comme le montre assurément le secteur bancaire. Se pose cependant la question de la compétence de l'Union européenne pour infliger une sanction à une entité de pays tiers. Le législateur de l'Union peut consacrer un pouvoir de sanction dans un cadre délimité (4.1.3.1). Sont aussi envisageables des mesures réputationnelles (4.1.3.2) ou le *private enforcement* (4.1.3.3).

4.1.3.1 - Le pouvoir de sanction consacré par le législateur de l'Union

Est-ce qu'une disposition du droit de l'Union peut prévoir d'infliger une sanction à une entité de pays tiers au motif de la violation de règles ou standards européens ?

- L'Union européenne ne dispose pas d'une compétence pénale générale. Selon l'article 83 TFUE, le législateur de l'Union peut établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions. D'une part, il s'agit davantage d'harmoniser des sanctions pénales prévues par les droits nationaux. D'autre part, cela ne concerne que des domaines de criminalité particulièrement grave¹⁷⁶.

- En règle générale, l'Union européenne privilégie une voie pour mettre en place un « *régime européen de sanctions nationales* ». Comme l'a expliqué la Commission à propos des sanctions en droit financier, le législateur de l'Union prévoit les « *régimes de sanctions* » entendus comme « *la cadre juridique en vertu duquel, d'une part, des sanctions sont prévues en droit national en cas d'infraction, par des établissements financiers ou d'autres participants au marché, des règles de l'UE applicables aux services financiers (y compris les règles nationales transposant des directives européennes) et, d'autre part, ces sanctions sont effectivement appliquées* »¹⁷⁷. Autrement dit, il s'agit d'instrumentaliser le pouvoir des autorités et juridictions nationales de sanctionner les comportements de particuliers relevant de leur juridiction. Concrètement, pour assurer le respect de leurs dispositions, les actes

^{175bis} <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/>.

¹⁷⁶ Le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

¹⁷⁷ Communication de la Commission, Renforcer les régimes de sanction dans le secteur des services financiers, COM(2010)716, 8 décembre 2010.



de droit dérivé imposent aux États membres de prévoir en droit national des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. Par exemple, l'article 70 de la directive Mifid II prévoit que « *les États membres déterminent le régime des règles relatives aux sanctions et mesures administratives applicables (...) et veillent à ce que leurs autorités compétentes puissent imposer de telles sanctions et mesures, et prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'elles soient appliquées. Ces sanctions et mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives* »¹⁷⁸. De même, dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité^{178bis}, il est prévu que les États membres confient aux autorités de contrôle les pouvoirs et les ressources suffisants pour assurer le respect des infractions aux dispositions nationales adoptées en vertu de la directive. Un réseau européen d'autorités de contrôle serait mis en place sous l'égide de la Commission. Il est ajouté que « *les États membres fixent les règles relatives aux sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* »^{178ter}.

- Beaucoup plus rarement, le législateur de l'Union a adopté dans un règlement un régime prévoyant la sanction des violations que ce texte édicte. Ainsi, le Conseil a confié à la Commission le pouvoir de sanctionner les entreprises pour des pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁹. De même, la BCE dispose d'un pouvoir de sanction qui lui a été conféré par le Conseil au titre de la politique monétaire ou de la surveillance bancaire¹⁸⁰. Encore faut-il identifier une base juridique.

. Une première base juridique est constituée par l'article 352 TFUE qui permet de pallier le silence du traité. Cet article requiert cependant l'unanimité du Conseil et l'approbation du Parlement européen.

. L'article 114 TFUE peut constituer une base juridique pour prévoir des sanctions en lien avec la réalisation du marché intérieur¹⁸¹. Par exemple, sur son fondement, le législateur de l'Union a attribué un pouvoir de sanction à l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) et au Conseil de résolution unique. Le règlement (UE) n° 513/2011 a reconnu à l'AEMF un pouvoir de sanction (amende et astreinte) exercé à l'encontre des agences de notation de crédit¹⁸². Son

¹⁷⁸ Article 70 de la directive 2014/65/UE, précitée.

^{178bis} Article 19 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM(2022) 71, précité.

^{178ter} *Ibid.*, article 20.

¹⁷⁹ Articles 23 et 24 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1, 4 janvier 2003, p. 1.

¹⁸⁰ Règlement (CE) n° 2157/1999 de la BCE, du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions (BCE/1999/4), JOCE L 264, 12 octobre 1999, p. 21. Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE L 287, 29 octobre 2013, p. 63.

¹⁸¹ Article 114 TFUE : « 1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

¹⁸² Article 36bis du règlement modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JOUE L 145, 31 mai 2011, p. 30.



considérant 22 souligne que « le présent règlement ne devrait pas constituer un précédent pour ce qui est des sanctions, financières ou non, que pourraient infliger les Autorités européennes de surveillance à des acteurs des marchés financiers ou à d'autres entreprises en rapport avec d'autres types d'activités ». Sans qu'une telle précaution soit prévue, le règlement (UE) n° 648/2012 a attribué un pouvoir de sanction à l'AEMF exercé à l'encontre des référentiels centraux¹⁸³. Le Conseil de résolution unique dispose aussi d'un pouvoir de sanction en matière de résolution bancaire¹⁸⁴.

4.1.3.2 - La « mesure réputationnelle »

Une autre voie consiste à prévoir une mesure de nature « réputationnelle » selon une logique « name and shame » et/ou de « comply or explain ». Cela peut prendre la forme de l'établissement par l'Union ou les États membres d'une liste publiée désignant les entités européennes et de pays tiers qui respectent ou ne respectent pas les obligations de droit de l'Union.

- La mesure se matérialise par une déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale responsable et la nature de l'obligation méconnue. Un degré supplémentaire peut être ajouté avec le prononcé d'une injonction à l'encontre de la personne visée.

- La liste peut comporter une gradation : liste noire, rouge ou blanche permettant aux opérateurs de voir leur « classement » évoluer. Il est possible de prévoir une clause d'actualisation à échéance régulière.

La question se pose de la nature du pouvoir en vertu duquel une telle liste est publiée. Deux lectures sont envisageables :

- selon une première lecture, on peut considérer qu'il s'agit d'une mesure administrative. Dans ce cas, la mesure réputationnelle s'avère le prolongement de l'exercice du pouvoir normatif. L'acte législatif doit expressément confier à la Commission européenne le pouvoir d'adopter la liste, sous la forme d'actes de niveau 2 (acte délégué de l'article 290 TFUE ou acte d'exécution de l'article 291 TFUE, voir *infra* IV B 1) ;

- selon une seconde lecture, la mesure réputationnelle implique l'exercice d'un pouvoir de sanction administrative. Dans ce cas, il convient de reprendre les éléments précédemment exposés relatifs aux sanctions pénales et financières (voir *infra* IV A 3 a). Le législateur de l'Union peut alors en confier l'exercice aux États membres. Il peut aussi, non sans certaines précautions, le confier à la Commission, voire à des organismes de l'Union, à l'instar des autorités de surveillance financière.

Qu'il s'agisse d'une mesure ou d'une sanction réputationnelle, celle-ci peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne est compétente dès lors que l'acte en cause produit des effets de nature à affecter les intérêts des potentiels requérants ce qui est tiré de l'analyse du libellé de l'acte et du contexte dans lequel il s'inscrit, de sa substance

¹⁸³Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JOUE L 201, 27 juillet 2012, p. 1.

¹⁸⁴Chapitre VI du règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE L 225, 30 juillet 2014, p. 1.



ainsi que de l'intention de son auteur¹⁸⁵. Le contrôle juridictionnel signifie que l'acte devra être adopté au terme d'une procédure administrative qui, le cas échéant, doit avoir respecté les droits fondamentaux des requérants. À cet égard, on peut reprendre *mutatis mutandis* les garanties prévues pour les mesures restrictives¹⁸⁶.

Se pose enfin la question de savoir quel est l'acte juridique de droit de l'Union le plus adapté dans la nomenclature de l'article 288 TFUE pour consacrer le pouvoir d'adopter des mesures réputationnelles. Assurément, le règlement constitue l'acte qu'il convient de privilégier si l'on entend mettre en place un régime de sanctions dont l'exercice serait confié à la Commission ou à un organisme de l'Union. En revanche, un régime de sanctions mis en place par les États membres peut être tout autant prévu par un règlement qu'une directive. Quant à la question des « *mesures nécessaires* » pour assurer le respect de l'acte législatif, le règlement constitue l'acte en principe le plus adapté ; en pratique, c'est le plus souvent par cet acte que le législateur procède. Toutefois, une directive peut prévoir expressément que la Commission peut adopter des actes délégués ou d'exécution en vertu des articles 290 et 291 TFUE.

4.1.3.3 - Le private enforcement

L'une des façons d'exercer une pression sur les entreprises de pays tiers peut être de permettre plus facilement aux particuliers de mettre en cause la responsabilité des entreprises de pays tiers devant les tribunaux des États membres. Afin de garantir l'effectivité des règles de concurrence, le législateur de l'Union a par exemple adopté une directive fixant les règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence¹⁸⁷.

On pourrait envisager un dispositif analogue pour d'autres violations du droit de l'Union. Si la directive pose le principe d'une réparation et fixe le cadre général de l'action, il sera laissé aux États membres le soin à la fois de désigner les juges compétents et de déterminer les procédures applicables. Le dispositif pourrait s'accompagner aussi d'une protection des lanceurs d'alerte.

Ainsi, dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité^{187bis}, il est prévu que les États membres fixent des règles régissant la responsabilité civile de l'entreprise pour les dommages résultant du non-respect des obligations de vigilance. La directive (UE) 2019/1937 sur les lanceurs d'alerte serait applicable pour les manquements aux obligations de vigilance^{187ter}.

¹⁸⁵ Trib. UE, 4 mars 2015, Royaume-Uni c/ BCE, aff. T-496/11, ECLI:EU:T:2015:133.

¹⁸⁶ CJCE, Gde ch., 3 septembre 2008, Kadi, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

¹⁸⁷ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE L 349, 5 décembre 2014, p. 1.

^{187bis} Article 19 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM(2022) 71, précité.

^{187ter} Ibid., article 23. Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JOUE L 305, 26 novembre 2019, p. 17.



4.2 - Le cadre institutionnel des mesures visant des entités de pays tiers

Quels organes peuvent être chargés de veiller au respect des dispositions du droit de l'Union par les sujets de pays tiers ? D'un point de vue institutionnel, la question des sanctions conduit à raisonner au regard de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. D'un côté, cette fonction peut être confiée aux autorités et juridictions nationales, en particulier lorsque sont adoptées des directives. De l'autre côté, si une application uniforme du droit dans l'Union européenne est privilégiée, il faut identifier les autorités européennes (4.2.1) et les procédures (4.2.2). Nombre de difficultés liées à l'application extraterritoriale du droit de l'Union peuvent être évitées en développant une coopération avec les pays tiers.

4.2.1 - Les autorités

4.2.1.1 - La Commission européenne

Quel que soit le dispositif envisagé, à l'exception des mesures restrictives PESC de l'article 215 TFUE, le législateur de l'Union peut confier des pouvoirs à la Commission.

- Pour les sanctions, l'acte législatif peut habiliter la Commission à adopter des sanctions dans le cadre précédemment défini (voir *supra* III A 3).

- Pour les mesures réputationnelles :

. en application de l'article 290 TFUE, le législateur peut habiliter la Commission à adopter des actes délégués en vue de compléter ou de modifier des éléments *non essentiels* de l'acte législatif. Les éléments essentiels sont ceux qui impliquent un choix de nature politique. On peut envisager que l'acte législatif présente une annexe comportant la liste des entités ne respectant pas les règles sous standard européen. Cette liste peut être mise à jour par des actes délégués de la Commission ;

. en application de l'article 291, paragraphe 2, TFUE, le législateur peut habiliter la Commission à adopter des actes d'exécution lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes de l'Union sont nécessaires. La notion d'« *exécution* » comprend à la fois l'élaboration de règles d'application et l'application de règles à des cas particuliers par le moyen d'actes à portée individuelle¹⁸⁸. On peut tout à fait envisager l'adoption de la mesure réputationnelle par une décision d'exécution.

4.2.1.2 - Les organismes institués par le législateur

Peut-on confier des pouvoirs de sanction à des organismes institués par le législateur de l'Union, à l'instar des autorités européennes de surveillance comme l'AEMF ou l'ABE ? Dans l'arrêt AEMF, la Cour de justice a estimé que le législateur de l'Union peut déléguer le pouvoir d'adopter les mesures nécessaires en dehors du cadre des articles 290 et 291 TFUE, dans le respect de la jurisprudence¹⁸⁹. Il est donc envisageable de confier un tel pouvoir à des organismes institués par le législateur de

¹⁸⁸ CJUE, 1^{er} mars 2016, *National Iranian Oil Company c/ Conseil*, aff. C-440/14 P, ECLI:EU:C:2016:128.

¹⁸⁹ CJUE, Gde ch., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, conclusions Jääskinen, ECLI:EU:C:2013:562 ; CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute autorité*, aff. C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7.



l'Union. Un doute demeure cependant quant à la validité d'une telle délégation de pouvoir de sanction aux autorités et agences. Dans son arrêt, la Cour de justice a admis l'octroi à l'AEMF d'un pouvoir d'intervention, à la condition que celui-ci soit strictement délimité et demeure d'application exceptionnelle¹⁹⁰. On notera que, dans sa proposition de révision du règlement sur les référentiels centraux, la Commission avait initialement prévu de se réserver le pouvoir de sanction au terme d'une procédure faisant intervenir l'AEMF¹⁹¹.

4.2.1.3 - Le Parquet européen

De façon prospective, si le rôle du Parquet européen peut être envisagé, l'idée d'en faire une forme de DOJ européen s'avère encore fort peu réaliste, eu égard aux obstacles juridiques existants. En vertu de l'article 86 TFUE, le Parquet européen est institué « *pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ». À cet effet, il est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, les auteurs et complices de telles infractions. L'atteinte aux intérêts financiers constitue une limite importante au rôle du Parquet européen. Certes, l'article 86, paragraphe 4, TFUE prévoit que les attributions du Parquet européen peuvent être étendues. D'une part, cela implique l'adoption par le Conseil européen d'une décision, à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et après consultation de la Commission. D'autre part, l'extension est cantonnée à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière. En conséquence, la reconnaissance d'un rôle au Parquet européen impliquerait une modification de l'article 86 TFUE selon la procédure de révision ordinaire des traités prévue par l'article 48 TUE.

4.2.2 - Les procédures

L'une des forces des États-Unis tient à la puissance de frappe du *Department of Justice* qui peut recourir à des instruments du système judiciaire américain. On pense aux pouvoirs du *Grand Jury* pour obtenir les informations comme par exemple celles stockées sur des serveurs étrangers ou pour demander aux entreprises d'envoyer des employés aux États-Unis pour y être interrogés ou pour témoigner¹⁹². L'autre force découle de l'existence de procédures transactionnelles permettant aux entreprises d'obtenir des immunités ou des réductions d'amende dès lors qu'elles coopèrent avec les autorités et juridictions. L'entreprise a, dans ce cas, tout intérêt à coopérer de sorte qu'on évite les difficultés traditionnelles en matière d'enquêtes.

Pourrait-on envisager de confier de telles prérogatives à l'autorité qui serait identifiée comme compétente de l'Union européenne ? Le précédent du droit de la concurrence est là encore intéressant : la Commission dispose d'importants pouvoirs d'enquête lorsqu'elle contrôle les comportements d'entreprises afin d'identifier des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Article 55 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les produits dérivés négociés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, COM(2010)484.

¹⁹² V. L. ABERG, J. BUHART, « Investigation and sanctioning of antitrust infringements: the long arm of competition authorities », in *Demain la concurrence*, Paris, 13 Juin 2016, *Revue Concurrences*, n° 3-2016, Art. n° 81132, pts 7 et 8. Voir les affaires citées : *In re Subpoena Duces Tecum to Ingeteam*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 91431 (E.D. Wis. Aug. 16, 2011). *In re Grand Jury Subpoenas served on White & Case LLP, et al.*, 2010 WL 4948545 (9th Cir. Dec. 7, 2010).



L'affaire *Nexans* illustre les questions posées lorsque les entreprises en cause sont établies dans des pays tiers. Selon la Cour de justice, « *si la Commission ne saurait effectuer une inspection dans les locaux d'une entreprise lorsqu'elle soupçonne l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée dont les effets ont lieu exclusivement sur un ou plusieurs marchés situés en dehors du marché [intérieur], rien ne s'oppose à ce qu'elle examine des documents relatifs à ces marchés pour déceler des comportements susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché [intérieur]* »¹⁹³. Selon l'avocat général dans cette affaire, la Commission européenne peut utiliser des documents professionnels relatifs à certaines opérations extra-européennes réalisées par les entreprises parties à une entente dès lors que les locaux inspectés et les documents professionnels examinés se trouvent sur le territoire de l'Union. Dans ce cas, le droit international ne s'oppose pas à ce type d'enquêtes et le principe de territorialité est respecté¹⁹⁴. Cette jurisprudence conforte l'idée qu'on peut attribuer des pouvoirs d'enquête aux autorités compétentes de l'Union.

Le droit de la concurrence est aussi un domaine dans lequel on constate un mimétisme avec les pratiques américaines en matière de procédures négociées. Ainsi, l'Union s'est dotée non seulement d'un programme de clémence (*leniency programme*) pour les cartels¹⁹⁵, mais également d'une procédure transactionnelle¹⁹⁶, dont l'efficacité est indéniable, que ce soit pour les entreprises européennes ou de pays tiers. Il demeure que de telles prérogatives sont exercées dans le cadre de procédures aboutissant au prononcé d'une sanction. Cela implique qu'en amont l'autorité européenne compétente soit dotée d'un pouvoir répressif.

Si un tel pouvoir de sanction est consacré au profit de la Commission ou d'un organisme de l'Union, se pose la question du respect du principe *non bis in idem*¹⁹⁷. Si une autorité européenne ou nationale dépasse sa compétence territoriale, cela peut entraîner un risque de sanctions concurrentes pour les entreprises concernées¹⁹⁸. Ainsi, des entreprises ont reproché à la Commission de ne pas avoir pris en compte une sanction prononcée par les autorités américaines. Selon la Cour de justice,

¹⁹³ CJUE, 25 juin 2014, *Nexans*, aff. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030, pt 27.

¹⁹⁴ *Ibid.*, Conclusions KOKOTT, ECLI: ECLI:EU:C:2014:223, pts 65-69.

¹⁹⁵ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE C 298, 8 décembre 2006, p. 17. Corporate Leniency Policy, August 10, 1993 ; Individual Leniency Policy, August 10, 1994. V. OCDE, Committee Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes, Note by the United States, 5 June 2018.

¹⁹⁶ Règlement (CE) n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, JOUE L 171, 1^{er} juillet 2008, p. 3. Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JOUE C 167, 2 juillet 2008, p. 1.

¹⁹⁷ Article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voir CJUE, *InnoLux Corp. c/ Commission*, C-231/14 P, précité, conclusions Wathelet, ECLI:EU:C:2015:292, point 43.

¹⁹⁸ *Ibid.*



« [m]ême à supposer que (...) la sanction infligée par les autorités d'un État tiers soit un élément de nature à entrer dans l'appréciation des circonstances de l'espèce en vue de déterminer le montant de l'amende, le grief tiré de l'absence de prise en compte par la Commission des amendes déjà infligées dans des États tiers ne saurait prospérer que si les faits retenus à l'encontre [des entreprises en cause] par la Commission, d'une part, et les autorités des États-Unis (...), d'autre part, étaient identiques »¹⁹⁹. Toutefois, « le principe non bis in idem ne s'applique pas à des situations dans lesquelles les ordres juridiques et les autorités de la concurrence d'États tiers sont intervenus dans le cadre de leurs compétences propres » et il n'existe pas « d'autre principe de droit susceptible d'obliger la Commission à tenir compte des poursuites et des sanctions dont a fait l'objet la requérante dans des États tiers »²⁰⁰. En effet, aucun principe de droit international n'interdit aux autorités et juridictions de différents États de poursuivre et de condamner une personne pour les mêmes faits que ceux pour lesquels elle a été jugée dans un autre État.

4.2.3 - La coopération avec les autorités de pays tiers

Le meilleur moyen d'éviter les difficultés de mise en œuvre des mesures et sanctions européennes à l'encontre d'entités de pays tiers est de développer la coopération internationale.

4.2.3.1 - La conclusion d'accords internationaux

Selon l'OCDE, « le droit public international reconnaît dans le principe de courtoisie un moyen de tempérer les effets de l'affirmation unilatérale de la compétence extraterritoriale. La courtoisie internationale est par conséquent un concept horizontal d'État souverain à État souverain (...). Il ne s'agit pas de renoncer à une compétence, mais plutôt de l'exercer en étant conscient de son incidence potentielle sur les efforts déployés par d'autres pays pour faire appliquer leur législation »²⁰¹. La courtoisie prend trois formes :

- traditionnelle : l'État n'adopte pas unilatéralement de réglementations portant préjudice aux intérêts importants d'un autre État ;
- active : l'État demande à un autre État de prendre des mesures pour corriger un comportement qui affecte considérablement ses intérêts. Cela prend la forme d'accords organisant une coopération en matière d'enquête, notamment par l'échange d'informations confidentielles ;

¹⁹⁹ CJCE, 18 mai 2006, Archer Daniels Midland Co., C-397/03 P, ECLI:EU:C:2006:328, pt 52.

²⁰⁰ CJCE, 29 juin 2006, Showa Denko KK c/ Commission, C-289/04 P, ECLI:EU:C:2006:431, pts 56 et 57 ; SGL Carbon AG c/ Commission, C-308/04 P, ECLI:EU:C:2006:433, pts 29 et 32.

²⁰¹ OCDE, Forum mondial sur la concurrence du 5 avril 2012, Améliorer la concurrence dans les enquêtes sur les ententes, DAF/COMP/GF(2012)6.



- collaborative : la compétence revient à l'État le mieux placé pour établir l'infraction et adopter des sanctions ou des mesures correctrices²⁰². Peut être prévu un mécanisme de renvoi vers une autorité ou une juridiction d'un autre État mieux placée pour enquêter sur des faits déterminés.

En matière de concurrence, il existe ainsi des accords de courtoisie entre les États-Unis et l'Union européenne²⁰³. Sont prévues :

- une « *courtoisie traditionnelle* » dans laquelle chaque partie s'engage à tenir compte des intérêts importants de l'autre partie dans la mise en œuvre de ses propres mesures avec une notification réciproque des affaires qui sont susceptibles d'affecter des intérêts importants de l'autre partie ;

- une « *courtoisie active* » avec un échange d'informations sur l'application des règles, ainsi qu'une coopération et une coordination des procédures de mise en œuvre. Aucune de ces dispositions ne peut cependant être interprétée d'une manière incompatible avec le droit en vigueur dans l'Union ou aux États-Unis. Les autorités sont soumises à leurs propres règles pour la protection de la confidentialité des informations recueillies dans le cadre de leurs enquêtes. La partie requérante doit normalement suspendre ses propres mesures d'application au profit des mesures prises par la partie requise.

La conclusion d'accords de courtoisie au-delà du domaine de la concurrence peut être envisagée. On peut se demander dans quelle mesure ce type d'accords ne devrait pas accompagner la conclusion d'accords de libre-échange, voire faire partie de ce type d'accords. Cela permettrait de systématiser la coopération avec les principaux États tiers sur le territoire desquels les multinationales s'établissent.

4.2.3.2 - La coopération prévue par le droit dérivé

Le droit dérivé peut prévoir une coopération entre les autorités européennes et celles de pays tiers. On trouve ainsi dans nombre de textes de droit financier des dispositions spécifiquement consacrées à cette coopération.

Par exemple, pour qu'une agence de crédit établie dans l'Union puisse avaliser une notation de crédit émise dans un pays tiers, il faut notamment qu'un accord de coopération approprié ait été conclu entre l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'agence de notation de crédit qui

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence, JOCE L 95, 27 avril 1995, p. 47. Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JOCE L 173, 18 juin 1998, p. 26.



avalise la notation de crédit et l'autorité compétente concernée de l'agence de notation de crédit établie dans le pays tiers²⁰⁴.

De même, les articles 34 et 35 de la directive FIA prévoient que les États membres veillent à ce qu'un gestionnaire agréé établi dans l'Union puisse gérer des FIA de pays tiers qui ne sont pas commercialisés dans l'Union ou commercialiser, auprès d'investisseurs professionnels dans l'Union, des parts ou des actions de FIA de pays tiers qu'il gère et des FIA nourriciers de l'Union, à condition que « *des modalités de coopération appropriées existent entre les autorités compétentes de l'État membre d'origine du gestionnaire et les autorités de surveillance du pays tiers où le FIA de pays tiers est établi, afin d'assurer à tout le moins un échange d'informations efficace, qui permette aux autorités compétentes de l'État membre d'origine du gestionnaire d'exécuter les missions qui leur incombent en vertu de la présente directive* »²⁰⁵. Il est enfin prévu que la Commission adopte par voie d'actes délégués, des mesures concernant ces modalités de coopération, afin de définir un cadre commun destiné à faciliter la mise en place de ces modalités de coopération avec les pays tiers. Ce modèle pourrait être aisément repris.

4.2.3.3 - La coopération au sein de réseaux

L'un des moyens les plus efficaces de promouvoir la coopération entre autorités est la constitution de réseaux dont la nature peut demeurer informelle. Une nouvelle fois, le droit de la concurrence fournit une remarquable illustration avec le réseau international de coopération (*International Competition Network*). Créé en 2001, fort de cent-trente-huit autorités de concurrence, l'ICN s'avère un réseau informel efficace pour promouvoir une convergence de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Par exemple, en mai 2019, ce réseau a adopté un cadre relatif aux procédures conduites par les autorités de concurrence²⁰⁶ afin de concrétiser la proposition avancée par le DOJ d'un *Multilateral Framework on Procedures in Competition Law Investigation and Enforcement*²⁰⁷. Le cadre de l'ICN a vocation à dégager les grands principes qui gouvernent la procédure des autorités de concurrence afin de parvenir à un équilibre entre efficacité du contrôle et respect des droits des entreprises. Il prévoit aussi le développement d'une coopération entre autorités par la mise en œuvre d'agents de liaison et par l'établissement de documents présentant les régimes juridiques applicables (tableaux ou « *templates* ») pour chaque autorité membre du cadre.

La voie du réseau s'avère d'autant plus aisée à pratiquer que certains existent déjà. On songe aux enceintes informelles au sein desquelles nombre de règles ont été élaborées. On pense naturellement aux standards financiers internationaux diffusés par le Conseil de stabilité financière ou aux travaux menés par l'OISCO, l'IASB, etc.

²⁰⁴ Article 4, h) du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, précité.

²⁰⁵ Directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, précitée. Voir aussi l'article 35.

²⁰⁶ ICN, *Framework on Competition Agency Procedures*, 2019.

²⁰⁷ DOJ, Assistant Attorney General Makan Delrahim delivers remarks on Global Antitrust Enforcement at the Council on Foreign Relations, June 1, 2018.



4.2.3.3 - La coopération prévue par le droit national

La coopération peut également être établie entre les autorités des États membres et les autorités des pays tiers. On peut donner l'exemple de l'ACPR.

Celle-ci peut décider d'étendre son contrôle sur place aux succursales et filiales d'établissements français, situées dans un pays tiers, dès lors que cette possibilité est prévue par un accord de coopération conclu avec les autorités compétentes du pays d'accueil²⁰⁸. Si aucun accord n'a été préalablement conclu avec les autorités compétentes du pays d'accueil, un accord ad hoc devra être établi entre les deux autorités pour les besoins du contrôle²⁰⁹. L'ACPR est chargée de recueillir l'accord de l'autorité compétente concernée et de préciser avec elle, s'il y a lieu, les conditions d'extension du contrôle sur place d'une personne assujettie déterminée à ses filiales ou succursales. Ces conditions sont portées à la connaissance de cette personne et de ces entités.

Il convient de rappeler que la signature d'un accord de coopération avec des autorités de pays tiers n'est possible que sous réserve de certaines conditions :

- il doit s'agir d'autorités homologues de pays tiers ;
- les informations communiquées dans le cadre d'un MoU doivent bénéficier de garanties de secret professionnel au moins équivalentes à celles auxquelles sont soumises les autorités françaises parties à ces accords ;
- cet échange d'informations doit être destiné à l'exécution des missions desdites autorités compétentes.

Préalablement à la signature d'un MoU, une évaluation du régime de secret professionnel et de confidentialité applicable à l'autorité de pays tiers doit être réalisée. L'équivalence du secret professionnel est en effet un prérequis à la coopération avec une autorité homologue de pays tiers, qu'elle soit régulière ou ponctuelle²¹⁰.

Un tel mécanisme pourrait être généralisé à l'échelle européenne par un acte législatif que sa mise en œuvre s'avère soit centralisée au niveau de l'Union ou qu'elle s'avère décentralisée au niveau des États membres.

²⁰⁸ Articles L. 612-26 et L. 632-13 du Code monétaire et financier.

²⁰⁹ Article L. 612-26 du Code monétaire et financier.

²¹⁰ Article L. 632-15 du Code monétaire et financier.



V- Problématiques et recommandations

Aux traditionnelles recommandations, le groupe de travail estime opportun d'ajouter des problématiques. L'extraterritorialité demeure en effet un sujet éminemment politique impliquant des choix en opportunité qu'il n'appartient pas au Haut comité juridique de la place financière de Paris d'opérer. Des pistes de réflexion peuvent en revanche être ouvertes.

5.1 - L'extraterritorialité peut être envisagée selon une logique défensive, mais aussi plus offensive.

Constitue une problématique en soi la neutralisation des sanctions extraterritoriales de pays tiers – en premier lieu des États-Unis – tant celles-ci façonnent le comportement des entreprises européennes. À cet égard, la réforme du règlement de blocage présente un intérêt tout particulier, tandis que d'autres problématiques peuvent être soulevées, à l'instar des enquêtes internes. Il serait souhaitable que les traités d'entraide judiciaire soient davantage respectés, voire que de nouveaux traités soient conclus.

L'autre problématique est celle de la portée extraterritoriale des dispositions du droit de l'Union en vue de protéger le marché intérieur de l'Union, voire de promouvoir des standards européens économiques et non économiques. Les propositions de directive CSRD et devoir de vigilance sont révélatrices d'une telle évolution.

5.2 - Toute mesure de portée extraterritoriale doit respecter le droit international qui consacre le principe de territorialité.

Si le choix est opéré de conférer à des dispositions du droit de l'Union une portée extraterritoriale, il convient tout d'abord de respecter les exigences du droit international. Celui-ci consacre le principe de territorialité dont une violation peut être évitée en justifiant la portée extraterritoriale du droit de l'Union par des objectifs également poursuivis par des règles internationales (respect des droits de l'homme, lutte contre la corruption, protection de l'environnement, etc.).

5.3 - L'application du droit de l'Union à des entités de pays tiers doit être fondée sur des critères de rattachement à l'ordre juridique de l'Union.

À l'instar de pays tiers, l'Union européenne prévoit que certaines dispositions de son droit sont applicables à des situations relevant de pays tiers, à la condition qu'un rattachement soit possible à l'ordre juridique de l'Union. D'une part, cela permet de se prémunir d'une violation du principe de territorialité. D'autre part, cela conduit à éviter un effet pervers de la législation européenne qui dissuaderait des opérateurs de pays tiers d'exercer leurs activités dans l'Union. Le choix du critère de rattachement le plus adapté est tributaire du domaine dans lequel on se trouve.



- L'exigence d'un établissement, d'une succursale ou d'un représentant légal dans le territoire de l'Union permet d'établir sans conteste le rattachement à l'ordre juridique de l'Union. Il présente un double inconvénient : d'une part, cela ne permet pas de soumettre à la disposition de droit de l'Union les entreprises qui ne présentent pas un tel rattachement ; d'autre part, cela risque de dissuader les entreprises de pays tiers d'exercer leur activité dans le marché intérieur.

- L'exigence d'une activité sur le territoire de l'Union présente l'avantage de permettre d'étendre l'application des dispositions du droit de l'Union aux entreprises de pays tiers dont le processus de production est situé en dehors du territoire des États membres. Cela vaut tout particulièrement pour les chaînes d'approvisionnement.

. La réalisation d'une opération commerciale constitue un critère particulièrement large de sorte qu'il risque d'être contestable au regard du principe de territorialité.

. Le critère du chiffre d'affaires s'avère davantage pertinent en ce qu'il permet de caractériser un effet direct, immédiat et substantiel de l'activité de l'entreprise sur le marché intérieur.

. Le critère de la cotation de la société en Europe présente un intérêt analogue à celui du chiffre d'affaires mais peut avoir un effet dissuasif au détriment des places financières de l'Union.

. Le critère du nombre de salariés pourrait avoir un impact négatif sur l'emploi en Europe et se heurte à des difficultés de calcul.

. Le critère de l'utilisation de l'euro comme monnaie de transactions serait une piste à explorer, même si, dans l'état actuel des choses, des différences existent entre le dollar américain et l'euro.

5.4 - Le choix d'une portée extraterritoriale des dispositions du droit de l'Union implique de réfléchir aux moyens de garantir l'effectivité des règles imposées aux entreprises de pays tiers.

Si un lien de rattachement avec l'ordre juridique de l'Union peut être établi, cela ne préjuge pas de la capacité de l'Union et des États membres de faire respecter le droit de l'Union par les entités de pays tiers.

- Peut certes être explorée la piste consistant à décider des mesures restrictives prévues par le traité en matière de PESC dont la vocation naturelle est de s'appliquer aux entités de pays tiers. On pense au dispositif prévu par le règlement (UE) 2020/1998 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits. Toutefois, de telles mesures visent l'interruption ou la réduction des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers, et non avec des entités privées. Ce type de mesures restrictives demeure un instrument de politique étrangère et de sécurité commune.

- Une deuxième série de solutions consisterait à restreindre l'accès au marché intérieur des entreprises ne respectant pas le droit de l'Union :



. le retrait d'agrément, d'autorisation, de licence, etc., s'avère complexe à mettre en œuvre juridiquement ;

. la fermeture des marchés publics est une option limitée par le nécessaire respect des règles du droit international économique. Toutefois, la proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur peut constituer une occasion à saisir pour engager une réflexion sur l'accès aux marchés publics tributaire du respect de standards européens.

- Une troisième hypothèse consisterait à prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises de pays tiers qui ne respectent pas les règles européennes. En principe, un tel pouvoir relève davantage des autorités nationales de sorte que le législateur de l'Union se cantonnerait à imposer aux États membres de prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les violations du droit de l'Union. On peut néanmoins envisager d'attribuer un pouvoir de sanction à des institutions de l'Union, voire à des organismes établis par le législateur de l'Union (AEMF par exemple).

- Une quatrième solution reviendrait à prévoir des mesures réputationnelles qu'il convient de distinguer des sanctions. Il s'agirait de privilégier une logique de *name and shame* par lequel l'entreprise de pays tiers ne respectant pas le droit de l'Union ferait l'objet d'une mesure de publicité.

- Enfin, la cinquième solution consisterait pour l'Union à encourager le *private enforcement*, c'est-à-dire les procédures juridictionnelles engagées par les particuliers devant les juridictions ordinaires. Pourrait être envisagée une directive imposant aux États membres la mise en place d'une telle procédure, tout en leur laissant le soin d'en déterminer les modalités de fonctionnement. Le dispositif serait accompagné d'une protection des lanceurs d'alerte.

5.5 - Se pose la question de l'identification des autorités qui seraient chargées de faire respecter le droit de l'Union par les entités de pays tiers.

Une question liminaire doit se poser afin de déterminer quel est le niveau le plus pertinent pour apprécier le respect du droit de l'Union. Faut-il nécessairement confier cette tâche à des autorités européennes ou peut-elle revenir aux autorités nationales dans un cadre néanmoins harmonisé ? Cela implique préalablement de s'interroger sur la façon dont on envisage l'application de la règle et du degré d'uniformité que l'on entend donner.

Les pratiques des États-Unis et du Royaume-Uni ne sont pas nécessairement transposables dans l'Union européenne. La logique anglo-saxonne repose sur une lecture plus répressive des procédures peu adaptée à l'Union européenne dont la compétence pénale est limitée. Ainsi, il n'est juridiquement pas possible, dans l'état actuel des traités, de confier au Parquet européen des



prérogatives analogues à celles du *Department of Justice* américain. En revanche, on peut s'interroger sur la création en droit de l'Union de procédures de *settlement* de type américain ou de modalités de règlement des litiges « *transactionnelles* » comme cela existe en matière de concurrence par exemple.

Plusieurs voies sont envisageables, consistant à confier le contrôle et la sanction des entités de pays tiers à :

- la Commission européenne ;
- une autorité existante, à l'instar de l'AEMF, de l'ABE ou d'autres encore.
- à une autorité compétente nouvellement créée par le législateur de l'Union qui disposerait de pouvoirs de sanction spécifiquement exercés à l'encontre d'entités de pays tiers.

Enfin, l'une des voies les plus adaptées pour garantir l'effectivité des règles et faciliter le déroulement des procédures consiste à conclure des accords avec les pays tiers et avec les autorités de ces États. La coopération dans le cadre de réseaux informels peut aussi être encouragée.



ANNEXE 1

Composition du groupe de travail



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL « Extraterritorialité du Droit de l'Union européenne »

PRÉSIDENTENCE

- **Francesco MARTUCCI**, Professeur, Université Paris Panthéon-Assas
- **Pierre MINOR**, Ancien directeur juridique du Groupe Crédit Agricole, Avocat, Coat Haut de Sigy de Roux

PARTICIPANTS

- **Andrew A. BERNSTEIN**, Avocat, Cleary Gottlieb
- **Régis Bismuth**, Professeur, Sciences Po Paris
- **Dominique BORDE**, Avocat, Paul Hastings
- **Alban CAILLEMER DU FERRAGE**, Avocat, Jones Day
- **Elisabeth DELAHOUSSE**, Responsable des affaires européennes, Fédération nationale du Crédit Agricole
- **Gérard GARDELLA**, Secrétaire général, HCJP
- **Aurélien HAMELLE**, Directeur juridique, TotalEnergies
- **Frédéric LACROIX**, Avocat, Clifford Chance
- **Alain PIETRANCOSTA**, Professeur, Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- **Michel PRADA**, Président, Conseil de normalisation des comptes publics
- **Didier REBUT**, Professeur, Paris Panthéon-Assas

REPRÉSENTANT DE LA BANQUE DE FRANCE

- **Fatima LARBI**, Direction des services juridiques

REPRÉSENTANT DE L'APCR

- **Camille RIESI**, Direction des affaires juridiques, Service du droit privé et financier

REPRÉSENTANT DE L'AMF

- **Olivier BOULON**, Direction des affaires juridiques, Opérations et informations financières



REPRÉSENTANTS DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DU TRÉSOR

- **Anselme MIALON**, Adjoint chef du bureau Finance durable, droit des sociétés, comptabilité et gouvernance des entreprises (Finent 3)
- **Alice NAVARRO**, Conseillère juridique à la Direction générale du Trésor, Ministère de l'Économie

REPRÉSENTANT DE LA CHANCELLERIE

- **Dorian BOUJON**, Magistrat rédacteur, Direction des affaires civiles et du Sceau, Bureau du droit des sociétés et de l'audit, Sous-direction du droit économique