
Extraterritorialité américaine : une arme à double tranchant

NOTE D'ÉCLAIRAGE - DÉCEMBRE 2024



Think tank de référence en France et en Europe, l'Institut Montaigne est un espace de réflexion indépendant au service de l'intérêt général. Ses travaux prennent en compte les grands déterminants économiques, sociétaux, technologiques, environnementaux et géopolitiques afin de proposer des études et des débats sur les politiques publiques françaises et européennes. Il se situe à la confluence de la réflexion et de l'action, des idées et de la décision.

NOTE D'ÉCLAIRAGE - Décembre 2024

Extraterritorialité américaine : une arme à double tranchant



Les notes d'éclairage de l'Institut Montaigne permettent de se situer et de rendre intelligible l'environnement dans lequel nous évoluons.

**Note
d'éclairage**

Se situer
et rendre
intelligible notre
environnement

**Note
d'enjeux**

Poser des
constats et
identifier des
problématiques

**Note
d'action**

Formuler
des recom-
mandations
opérationnelles

**Opération
spéciale**

Sonder,
chiffrer,
expérimenter

Rapport

Analyser
et proposer
collégalement
des solutions
de long terme

La nouvelle Commission européenne a fait de la sécurité économique une priorité de son programme politique pour 2024-2029. Elle s'engage notamment à renforcer la compétitivité de l'UE et à protéger son marché unique contre les distorsions, le vol de technologies et la coercition. Si l'UE a déjà adopté de nouveaux instruments visant à réduire ses vulnérabilités sur ses chaînes d'approvisionnement, sa stratégie présente néanmoins une lacune majeure : **l'absence de politique claire en matière d'extraterritorialité, et notamment en réponse aux sanctions unilatérales coercitives**. Cet angle mort de la stratégie de sécurité économique européenne pourrait nuire aux intérêts économiques et politiques à long terme de l'UE.

L'EXTRATERRITORIALITÉ AMÉRICAINE : LA CARTE MAÎTRESSE DE TRUMP ?

Les États-Unis conçoivent l'extraterritorialité comme un outil clé pour la promotion et la défense de leurs intérêts nationaux. Cette pratique, entendue comme l'application de lois nationales à l'étranger, n'est certes pas un phénomène nouveau, mais elle gagne du terrain. Dans un contexte de rivalités géopolitiques exacerbées, de subventions massives, de *derisking* et de paralysie des institutions multilatérales, nombreux sont les États qui cherchent de nouveaux moyens de préserver leurs intérêts politiques et économiques. Beaucoup se tournent vers le droit pour y parvenir, les États-Unis en tête.

L'extraterritorialité américaine peut viser pratiquement n'importe quel individu, entité ou entreprise dans le monde et prend de nombreuses formes : sanctions primaires visant à affaiblir les pays considérés comme hostiles et les organisations criminelles ou terroristes ; sanctions secondaires visant les personnes, entités ou entreprises dont les activités sont une menace pour la sécurité nationale des États-Unis ; lois sur la protection et la collecte de données et renseignements ;

réglementations visant à limiter l'accès au marché et les exportations de biens et technologies à double-usage vers des pays hostiles.

Il est extrêmement difficile pour les gouvernements européens de contrecarrer, et a fortiori d'empêcher, l'application des normes extraterritoriales imposées par les États-Unis. Les entreprises exposées à ces mesures encourent des amendes colossales, sont sujettes à la remise de données sensibles, à l'exclusion du marché américain et de son système financier, voire à l'emprisonnement de leurs dirigeants. Le pouvoir de dissuasion lié à ce risque d'exclusion est tel qu'elles privilégient la conformité aux règles américaines, à défaut d'invoquer les cadres européens censés les protéger.

L'extraterritorialité américaine est contrastée avec de bons comme de mauvais usages. Les États-Unis adoptent une conception très large de la sécurité nationale, qu'ils invoquent pour justifier le recours à des normes extraterritoriales. Les objectifs affichés sont multiples : protéger les intérêts vitaux et la sécurité des États-Unis lorsque les traités et les institutions internationales s'avèrent insuffisants ; garantir le respect des droits de l'homme, du droit international et des règles de concurrence mondiale ; prévenir des prises de risques excessives des entreprises ; et contrer les menaces d'États hostiles, les réseaux de blanchiment d'argent et les organisations criminelles. Ces objectifs sont dans de nombreux cas alignés avec les intérêts européens, mais la stratégie américaine suscite aussi de vives critiques : les États-Unis sont accusés d'utiliser l'extraterritorialité pour renforcer leur domination économique, pratiquer l'espionnage industriel et s'approprier la propriété intellectuelle d'autrui.

L'extraterritorialité est devenue un levier central dans la gestion de la rivalité systémique entre les États-Unis et la Chine. Les contrôles à l'exportation sont au cœur de la stratégie américaine visant à entraver les efforts de la Chine pour parvenir à une plus grande autonomie technologique, en particulier dans le domaine des technologies sensibles et

critiques. Ces mesures ciblent non seulement les entreprises américaines exportant vers la Chine, mais également les entreprises européennes recourant à des logiciels, composants ou procédés d'origine américaine. En réponse, la Chine a mis en place son propre régime de contrôles à l'exportation, qui pourrait bientôt s'appliquer aux entreprises européennes opérant en Chine ou y entretenant des relations commerciales.

La position de Donald Trump vis-à-vis de l'extraterritorialité est ambivalente. Au cours de son premier mandat, il a renforcé les contrôles à l'exportation et étendu les lois sanctionnant les violations des droits de l'homme. Parallèlement, il a levé plusieurs réglementations bancaires introduites à la suite de la crise financière de 2008. Il a également critiqué certaines mesures extraterritoriales, telles que les lois anti-corruption, perçues comme des entraves administratives inutiles et dissuadant les entreprises étrangères de collaborer avec des sociétés américaines. Pendant la campagne présidentielle de 2024, il a notamment annoncé son intention de supprimer toutes les sanctions susceptibles de fragiliser la domination du dollar dans les transactions financières internationales.

Il n'est pas certain qu'une administration Trump 2 utilise l'extraterritorialité comme un outil systématique de coercition, ce qui en fait une carte maîtresse qui reste à jouer. On peut toutefois s'attendre à ce que le président Trump durcisse considérablement les contrôles à l'exportation et privilégie une approche au cas par cas dans l'imposition de sanctions. Il a qualifié les « droits de douane » (« tarifs ») de « plus beau mot du dictionnaire »¹ et est susceptible d'utiliser cet outil plus que tout autre pour atteindre les objectifs stratégiques des États-Unis. La principale incertitude réside dans la possibilité qu'il utilise l'extraterritorialité – ou la menace qu'elle représente – comme moyen de pression sur l'Union européenne afin qu'elle revienne sur des lois aux effets contraignants pour les

¹ L. Aratani, "Trump vows to impose tariffs as experts warn of price hikes and angry allies", *The Guardian* (15 octobre 2024), para. 2, <https://www.theguardian.com/us-news/2024/oct/15/trump-tariffs-price-hikes-warnings>, consulté le 26 novembre 2024.

États-Unis, tel que le règlement général sur la protection des données (RGPD) ou les règles du marché numérique, qui encadrent strictement les activités des entreprises américaines en Europe.

UN BILAN EN DEMI-TEINTE POUR L'EUROPE

L'extraterritorialité américaine suscite des avis contrastés en Europe, mais elle est perçue comme nécessaire dans de nombreux cas. Elle a contribué à réduire la corruption à l'échelle mondiale et à limiter les prises de risques excessives par les banques depuis la crise financière de 2008. De plus, elle joue un rôle essentiel en veillant à ce que les entreprises européennes ne soutiennent pas indirectement des activités criminelles. Enfin, elle permet aux États-Unis de sanctionner des gouvernements accusés de violations du droit international, comme ceux de la Russie et de la Syrie.

L'extraterritorialité américaine pose problème lorsque les intérêts des États-Unis et de l'Union européenne divergent. Un exemple notable concerne la gestion des données européennes stockées sur des serveurs américains, sujet de vives tensions entre les deux blocs. De même, les désaccords se manifestent dans l'application de sanctions à l'encontre de pays tiers, comme l'Iran ou Cuba, où les approches diffèrent significativement. Depuis 2018, les entreprises européennes ont subi des pertes directes estimées à 18,8 milliards d'euros pour non-respect présumé des lois américaines. Certaines procédures judiciaires ont conduit à la remise de données commerciales sensibles et de plans industriels, voire au rachat par des concurrents américains d'activités européennes basées aux États-Unis.

Saisir et maîtriser tous les aspects de la législation américaine s'avère extrêmement complexe. Les nombreuses dispositions extraterritoriales accroissent le risque pour une entreprise de violer la loi, parfois même

de manière involontaire. Pour être en mesure d'éviter ces sanctions, les entreprises européennes doivent pouvoir s'appuyer sur une connaissance approfondie de la composition de leurs produits, de leur lieu de fabrication, de leurs circuits de distribution et des partenaires avec lesquels elles collaborent. Elles doivent également évaluer les éventuels conflits entre les exigences des lois américaines et les réglementations européennes ou celles d'autres pays tiers, alors qu'elles se trouvent de plus en plus prises dans un jeu de forces opposées et confrontées à des régimes de sanctions concurrents.

La configuration politique actuelle au Congrès américain, passé à majorité républicaine suite aux élections de novembre 2024, est à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour les entreprises européennes assujetties à la législation américaine. Les deux partis sont favorables au principe d'extraterritorialité, mais divergent sur les prérogatives à accorder aux agences exécutives. La récente décision de la Cour suprême de révoquer le principe Chevron, vieux de 40 ans, indique clairement que ce sont les tribunaux, et non les agences exécutives, qui doivent clarifier l'application des lois américaines lorsque le Congrès n'a pas préalablement fourni d'indications adéquates. Cette évolution jurisprudentielle est une bonne nouvelle pour les entreprises européennes qui souhaitent contester devant les tribunaux l'application et la mise en œuvre des normes extraterritoriales américaines. Toutefois, elle crée également une plus grande incertitude réglementaire, car les mesures prises par les agences exécutives pour lutter contre le changement climatique ou promouvoir les technologies propres, par exemple, pourraient également être contestées devant les tribunaux.

L'UE se montre réticente à contester l'utilisation de l'extraterritorialité par les États-Unis. La conjoncture géopolitique actuelle incite la majorité des États membres à la prudence. Beaucoup sont réticents à ne serait-ce que discuter d'extraterritorialité et évitent toute initiative susceptible d'ébranler l'alliance transatlantique ou d'amener Washington à reconsidérer ses engagements sécuritaires envers l'Europe. En outre,

la réticence de l'UE à adopter une approche plus offensive en matière d'extraterritorialité s'explique par le risque d'accusations d'incohérence, après avoir longtemps critiqué l'approche offensive des États-Unis dans ce domaine.

Dans leur stratégie relative à l'extraterritorialité, les États-Unis privilégient les négociations bilatérales avec les États membres plutôt qu'un dialogue avec l'Union européenne dans son ensemble. Cette approche est particulièrement manifeste dans le domaine du contrôle des exportations technologiques critiques vers la Chine. Conscients de leurs limites à endiguer seuls l'ascendance technologique chinoise, les États-Unis exercent une pression diplomatique ciblée sur les États-membres de l'UE ou autres pays tiers. Leur succès auprès du Japon et des Pays-Bas en janvier 2023, concernant la restriction des exportations d'équipements de pointe pour la fabrication de semi-conducteurs vers la Chine, illustre l'efficacité de cette stratégie bilatérale. Cette approche n'est pas sans conséquences pour l'ensemble de l'UE. Depuis 2023, Pékin riposte en imposant des restrictions sur les exportations de matériaux stratégiques comme le gallium, le germanium, le graphite et de plusieurs composants essentiels à la fabrication de semi-conducteurs, impactant directement les chaînes d'approvisionnement européennes.

FACE À TRUMP, CONSOLIDER LA RÉPONSE EUROPÉENNE

L'Union européenne à tout intérêt à engager un dialogue avec l'administration américaine sur l'extraterritorialité, en ciblant prioritairement les lois américaines que Donald Trump a lui-même critiquées. Ce dernier a pointé du doigt plusieurs mesures extraterritoriales, telles que la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) ou la loi sur la surveillance du renseignement étranger (FISA), qui ont toutes deux historiquement touché l'UE et ses entreprises.

L'Union européenne doit convaincre les États-Unis des avantages mutuels d'une coordination des sanctions avec les États-Unis. Une telle coopération répondrait à deux impératifs stratégiques : premièrement, la limitation des exportations de technologies stratégiques vers la Chine ; deuxièmement, l'endigement des stratégies de contournement des lois occidentales. L'intensification des échanges commerciaux entre Moscou, Pékin et Téhéran ces dernières années a facilité le développement de mécanismes d'évitement des dispositifs réglementaires occidentaux. Bien que les transactions financières en dollars dépassent de loin celles effectuées dans d'autres devises, les initiatives chinoises d'internationalisation du renminbi constituent un facteur émergent à prendre en considération.

L'UE doit être lucide quant à l'issue potentiellement infructueuse du dialogue et se tenir prête à négocier. L'administration Trump 2 adoptera une approche transactionnelle. Pour atténuer les risques de mesures coercitives américaines, l'UE devra proposer des contreparties, telles qu'une augmentation des importations de gaz et de GNL. Le président Trump a exprimé sa volonté de réduire le déficit commercial des États-Unis vis-à-vis de l'UE, ce point constitue une base pertinente pour entamer les négociations.

L'UE devrait développer une stratégie à la fois défensive et offensive en matière d'extraterritorialité. Si toutes les normes extraterritoriales américaines ne sont pas néfastes, certaines remettent en cause la souveraineté de l'UE et de ses États membres. En outre, les mesures défensives de l'UE, à l'instar de la loi de blocage, se sont révélées globalement inefficaces pour protéger les entreprises des règles extraterritoriales américaines. L'UE doit faire évoluer sa perception de l'extraterritorialité et reconnaître, comme elle l'a fait en 2021, qu'elle peut être utilisée comme un instrument coercitif.

Les pays de l'UE ont tout intérêt à confier à la Commission européenne le leadership dans la coordination et l'élaboration d'une stratégie

offensive. La compétence juridique ou le soutien politique des États membres nécessaires à l'élaboration d'une nouvelle stratégie sur l'extraterritorialité par l'UE restent pour l'instant incertains. Il serait cohérent que la Commission européenne prenne l'initiative, en étroite concertation avec le Conseil de l'UE. La coordination de l'UE revêt une importance cruciale pour contrecarrer les tentatives américaines de division des États membres et prévenir la fragmentation du marché unique, qui pourrait advenir en cas d'adoption de mesures défensives individuelles par les États membres. À cette fin, la Commission européenne devra rassurer les gouvernements et les entreprises de l'UE quant à sa capacité à stocker, protéger et préserver la confidentialité de toutes les informations.

Synthèse	5
----------------	---

Introduction	16
--------------------	----

1

La compétence du Congrès américain en matière d'extraterritorialité	21
--	-----------

Encadré n° 1 : l'obsession américaine pour le droit et l'extraterritorialité	25
---	-----------

2

Les lois extraterritoriales américaines en substance	26
---	-----------

Tableau n° 1 : des lois fédérales à portée extraterritoriale	26
---	-----------

2.1. Des sanctions pour l'état d'urgence nationale et pour lutter contre le terrorisme	28
---	-----------

Encadré n° 2 : les modes d'application des sanctions	33
---	-----------

2.2. Le contrôle des exportations	36
--	-----------

Encadré n° 3 : l'ITAR sape-t-il le marché transatlantique de l'armement ?	38
--	-----------

Tableau n° 2 : le régime américain de contrôle des exportations	40
--	-----------

2.3. Lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux	44
--	-----------

Graphique n° 1: les entreprises européennes figurent parmi les plus lourdement sanctionnées pour violation du <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (FCPA) américain	47
--	-----------

2.4. Des atteintes aux droits humains à la protection des consommateurs	49
2.5. Fraude fiscale	52
2.6. Collecte de données et renseignement	53
Encadré n° 4 : 80 % des données en Europe sont enregistrées sur des serveurs non-européens	57
2.7. En pratique : la phase préjudiciaire de « discovery »	59

3

Face à la non-conformité, deux issues : les sanctions et les menaces d'exclusion	61
---	----

Encadré n° 5 : les risques et dérives du non-respect des normes extraterritoriales pour les entreprises européennes	65
--	----

4

L'avenir de l'extraterritorialité des lois américaines : une arme à double tranchant ?	66
---	----

Remerciements	71
----------------------------	----

Georgina Wright

Georgina Wright est Expert Résident et directrice adjointe des Études Internationales à l'Institut Montaigne, où elle dirige le programme Europe. Elle est également *Visiting Fellow* au *German Marshall Fund of the United States*, un *think tank* américain.

Georgina se consacre depuis plus de 10 ans à l'analyse approfondie de l'Europe. Ses travaux de recherche portent actuellement sur l'agenda politique de la Commission européenne, la politique étrangère britannique, ainsi que l'influence et la position de la France au sein de l'Union européenne. Membre de plusieurs comités d'experts auprès de gouvernements nationaux, elle conseille régulièrement les institutions européennes. Porte-parole régulière de l'Institut Montaigne dans les médias, elle a été auditionnée par plusieurs parlements, tant en Europe qu'aux États-Unis.

Louise Chetcuti

Louise Chetcuti était chargée de projets États-Unis et Transatlantique au sein de la direction des études internationales de l'Institut Montaigne de février 2023 à juillet 2024. Elle avait rejoint l'Institut en mai 2022. Auparavant, elle a travaillé dans la section politique de l'ambassade des États-Unis à Paris.

En 2018, Louise a remporté une bourse Fulbright par le biais du Département d'État américain et a enseigné l'anglais à l'Université de Santo Tomás à Villavicencio, en Colombie. Elle est titulaire d'un Master en développement international de Sciences Po Paris et d'une double licence en littérature latino-américaine et en sciences politiques de l'université Saint Mary's College de Notre Dame, dans l'État de l'Indiana aux États-Unis. Elle a également étudié à Séville, en Espagne, puis à l'Université nationale de Córdoba en Argentine. Louise est franco-américaine.

Rares sont ceux qui ont déjà entendu parler de David Cohen. Avant d'occuper plusieurs postes clés au sein du gouvernement américain, il a pourtant été le plus proche conseiller du président Obama. Celui qu'on a d'abord surnommé « *chef de combat favori* » du Secrétariat au Trésor américain², puis « *Gourou des sanctions de Washington* », s'est vu confier une mission bien particulière : veiller à bonne application des sanctions américaines à l'étranger afin de défendre et préserver les intérêts de la nation. Fort de son succès, il est rapidement devenu l'un des visiteurs réguliers du Bureau ovale.

Sanctions, contrôles des exportations, normes à portée extraterritoriale... L'extraterritorialité, entendue comme un mécanisme par lequel un État étend la portée de ses lois par-delà ses frontières nationales, sert aujourd'hui d'outil de projection de sa puissance. Premiers à avoir fait usage de l'extraterritorialité des normes en 1890, les États-Unis en sont aujourd'hui les plus fervents adeptes du monde. Les présidents Obama, Trump et Biden y ont tous eu recours pendant leur mandat respectif, même si la première administration Trump a circonscrit la portée des lois financières américaines et réduit la capacité de l'État à contrôler leur application. **Républicains comme démocrates voient dans l'extraterritorialité un outil opportun pour la stratégie économique américaine.**

Les ressorts de l'extraterritorialité américaine demeurent néanmoins opaques au plus grand nombre. **Si la plupart des cas d'application de l'extraterritorialité américaine servent avant tout les intérêts des États-Unis, l'Europe en bénéficie elle aussi.** Dans une économie mondialisée, l'activité économique se confine rarement au seul territoire national. Garantir l'effectivité des règles du jeu économique impose soit

² A. Lowrey, « *Aiming Financial Weapons from Treasury War Room* », *The New York Times*. (3 juin 2014), para.3, <https://www.nytimes.com/2014/06/04/business/aiming-financial-weapons-from-war-room-at-treasury.html>, consultée le 4 janvier 2024.

des traités internationaux, soit des lois nationales s'appliquant au-delà des frontières. À maintes reprises, les mesures extraterritoriales américaines ont illustré leur efficacité en matière de lutte contre le crime organisé, de blanchiment de capitaux, de respect du droit de la concurrence internationale et de sanctions mais aussi en cas de violation des lois et traités internationaux. Les sanctions américaines contre Cuba, l'Iran, la Corée du Nord, l'État islamique, Al-Qaïda et la Russie ont contribué à modérer la menace que ces pays ou entités font peser à l'échelle internationale. Depuis qu'elle est en vigueur, la portée internationale de lois anticorruption américaine a largement contribué à diminuer le nombre d'affaires de corruption mondialisées. De même, la plupart des banques prennent des risques beaucoup plus mesurés depuis que les États-Unis, l'Union européenne (UE) et d'autres puissances ont adopté des réglementations supplémentaires dans le sillage de la crise financière de 2008. Les contrôles à l'exportation des États-Unis ont contribué à empêcher des entreprises américaines, comme européennes, d'exporter vers des pays considérés par Washington comme hostiles et portant atteinte à la sécurité nationale.

Cependant, l'extraterritorialité américaine est une arme à double tranchant qui peut aussi desservir l'Europe, voire ouvertement se retourner contre elle – et par ailleurs nuire aussi à certaines entreprises américaines. L'économie du Vieux Continent a directement pâti des mesures extraterritoriales américaines : depuis 2018, ces mesures ont fait perdre aux entreprises européennes pas moins de 18,8 milliards d'euros. Au cours des vingt dernières années, les entreprises européennes ont été particulièrement ciblées par la législation américaine et les poursuites de leurs agences fédérales³, surpassant même la fréquence des actions contre les entreprises américaines. Les sanctions contre BNP Paribas, HSBC, Commerzbank, Crédit Agricole et Alstom illustrent l'impact considérable de l'extraterritorialité américaine sur

³ M-H. Bérard et al., "American extraterritorial sanctions – did someone say european strategic autonomy?", *Europe In The World*. (mars 2021), https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/dlm_uploads/2021/03/PB_210315_US-Sanctions_IJD-JDC-EJD_EN.pdf, consultée le 4 janvier 2023.

l'économie européenne. Non seulement ces entreprises ont-elles dû s'acquitter d'amendes de dizaines de milliers de dollars, mais certaines ont même été contraintes de céder une partie de leurs activités aux États-Unis à des homologues outre-atlantique. Les partenaires historiques des États-Unis dénoncent l'instrumentalisation de l'extraterritorialité comme une arme de domination économique visant à entraver la compétitivité internationale, y compris celle de leurs alliés. Les critiques les plus sévères accusent même Washington d'exploiter ces dispositifs juridiques pour faciliter l'espionnage industriel et le pillage de propriété intellectuelle étrangère⁴.

Plusieurs entreprises américaines se sont également plaintes de l'extraterritorialité américaine. Des études ont montré que les normes extraterritoriales pouvaient nuire à la compétitivité des États-Unis dans la mesure où elles dissuadent les entreprises étrangères de collaborer avec des homologues américains. Selon des associations transatlantiques du secteur du commerce et des technologies, *« l'application extraterritoriale des mesures de contrôle sur les exportations opérée par les États-Unis engendre une lourde charge réglementaire pour les parties prenantes européennes, et les dissuade de travailler avec leurs homologues américaines, générant a fortiori des motifs pour écarter les technologies américaines ou, dans certains cas, des candidats à la nationalité américaine »*⁵.

Mais si les États-Unis s'en sortent impunément, c'est parce qu'il est très difficile d'ignorer les normes extraterritoriales américaines, et à plus forte raison de mettre un terme à leur application. Aujourd'hui, les lois américaines peuvent atteindre pratiquement n'importe quelle personne physique ou morale dans le monde – quand bien même elle n'aurait aucun lien direct avec les États-Unis. Les entreprises qui

⁴ A. Laïdi, *Le Droit*, « Nouvelle arme de guerre économique », (Actes Sud, 2019), 1.

⁵ Département du Commerce américain, Bureau of Industry and Security (BIS), "U.S.-EU Trade & Technology Council (TTC) Export Control Working Group." (octobre 2021), <https://www.bis.doc.gov/index.php/policy-guidance/u-s-eu-ttc>, consulté le 10 mai 2024.

ne respectent pas les règles encourent des amendes considérables, de l'exclusion des marchés et du système financier américains jusqu'à des peines d'emprisonnement pour certains dirigeants. Malgré l'adoption par quelques puissances, dont l'UE, de lois de blocage contre l'extraterritorialité américaine, ces dernières n'ont pas réussi à dissuader leurs entreprises de se plier aux règles américaines. **Pour toutes ces raisons, l'extraterritorialité américaine est depuis longtemps perçue de manière contrastée.**

L'usage que font les États-Unis de l'extraterritorialité et celui qu'ils pourraient en faire à l'avenir pour contenir la Chine préoccupent nombre de gouvernements et d'entreprises européennes. Les lois américaines sont un véritable casse-tête pour les entreprises, américaines ou européennes, qui travaillent en Chine. L'administration Biden a fortement freiné les exportations de hautes technologies à double usage à destination de la Chine, et inscrit plus de 319 entreprises chinoises dans la liste des entités (*Entity List*) du département du Commerce, les soumettant ainsi à des restrictions supplémentaires et à l'obligation d'obtenir les licences requises. Un grand nombre de ces contrôles américains s'applique sur les exportations d'entreprises européennes en Chine. Par ailleurs, le gouvernement américain a déjà fait pression sur des États membres de l'UE pour qu'ils adoptent des restrictions analogues sur les exportations.

Pour autant, comme la guerre en Ukraine en est la plus récente illustration, l'Occident, et surtout l'Europe, a aussi besoin de l'extraterritorialité américaine. À l'évidence, aucun régime de sanctions occidentales ne peut fonctionner sans la participation des États-Unis, et c'est en collaboration étroite avec leurs partenaires du G7 qu'un régime de sanctions fortes a été adopté envers la Russie. **Mais la guerre en Ukraine a du même coup révélé les fragilités du système de sanctions extraterritoriales, même américaines, puisqu'il a suffi à Moscou de les contourner.** Concrètement, la Russie a déporté son activité économique en renforçant ses liens avec Téhéran et Pékin, au sein d'un vase

clos sans relation avec le marché américain ou européen. Les entreprises russes ont troqué le dollar pour le renminbi dans leurs transactions à l'international. De même, elles ont trouvé de nouveaux marchés pour écouler leurs propres produits – et transitent via d'autres marchés encore pour s'approvisionner en produits occidentaux sous sanctions, tels que les véhicules électriques et les puces électroniques. Face à de telles stratégies d'évitement, une seule voie se dessine : celle d'une collaboration étroite sur les normes extraterritoriales, entre les États-Unis et ceux qui, comme l'UE, partagent un même état d'esprit.

L'UE a besoin d'une stratégie lui permettant à la fois de contrer les externalités négatives et délétères des normes extraterritoriales imposées par des pays tiers, tout en tablant sur ses effets positifs en renforçant sa coopération avec ses alliés, dont les États-Unis. Les États-Unis ont déjà su faire preuve de flexibilité à cet égard, et ont pu entendre par le passé les préoccupations de leurs alliés. Mais pour en tirer le meilleur parti possible, le fonctionnement des normes extraterritoriales américaines doit être mieux compris.

1 La compétence du Congrès américain en matière d'extraterritorialité

Juristes et avocats peinent encore à s'accorder sur une définition claire et unique de l'extraterritorialité. Dans un souci de clarté, nous la comprenons dans cette note comme une situation dans laquelle un État ou une organisation internationale applique ses pouvoirs (législatifs, exécutifs ou judiciaires) hors de son territoire pour sanctionner un comportement irrégulier ou illicite, protéger les droits humains et les principes internationaux ou préserver ses intérêts politiques et économiques.

La pratique de l'extraterritorialité est de tradition ancienne aux États-Unis, qui prend racine avec le *Sherman Anti-Trust Act* de 1890. Destinée à empêcher tout comportement anticoncurrentiel sur le marché américain et à casser monopoles et cartels, cette loi de régulation économique nationale s'est rapidement affranchie de toute frontière, pour s'appliquer à toute activité économique jugée néfaste pour le commerce américain. Sous l'impulsion des juridictions américaines, la loi Sherman s'applique dès lors à l'activité de toute entreprise, aux États-Unis ou à l'étranger, qui représente une menace directe pour le marché américain⁶.

Malgré l'usage extensif que les États-Unis font de l'extraterritorialité, il est rare qu'il y soit fait explicitement référence dans les lois et les règlements. Ce n'est guère surprenant, étant donné que l'extraterritorialité est une pratique tolérée en droit international. Cela dit, le *Restatement of the Law, Fourth: Foreign Relations Law of the United States* énonce clairement que le gouvernement américain a le pouvoir de « réguler à l'échelle extraterritoriale »⁷ dès lors que, dans toute situation donnée, il

⁶ S. F. Kava, "The Extraterritorial Application of the Sherman Anti-Trust Act in the Age of Globalization", *Journal of Business & Technology Law*, 15/1 (2019), <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol15/iss1/5>.

existe, un « lien véritable » (*genuine connection*)⁸ entre les États-Unis et un acte qu'ils légifèrent. C'est d'ailleurs sous ce même motif que nombre d'autres pays justifient leur recours à l'extraterritorialité.

Mais contrairement à la plupart de leurs alliés, les États-Unis interprètent très largement ce « lien véritable », ce qui leur permet de cibler quasiment toute personne physique ou morale et tout type de biens dans le monde. En 1945, la jurisprudence américaine a élargi la définition de ce « lien de rattachement » aux États-Unis à toute activité étrangère susceptible de nuire aux exportations américaines (voir *United States v. Alcoa*)⁹. Les États-Unis se sont ainsi octroyés une plus grande latitude que leurs alliés pour juger de la légalité de l'application de normes extraterritoriales, quand bien même ces dernières contreviendraient à leurs partenaires.

Conformément à la Constitution américaine, c'est le Congrès qui détermine le champ d'application géographique d'une loi. Cette décision repose sur deux présuppositions :

- La « présupposition contre l'extraterritorialité » : la loi américaine s'applique sur le territoire américain à moins que le Congrès en ait expressément décidé autrement (quoiqu'il existe des exceptions, comme pour le contrôle des exportations). C'est ce que définissent en droit les affaires *Morisson v. National Australia Bank*¹⁰, 2010, et *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 1991¹¹.

⁷ « A Primer on Extraterritoriality », *Transnational Litigation Blog*. (22 mars 2024), <https://tlblog.org/a-primer-on-extraterritoriality/>, consulté le 20 mars 2024.

⁸ Le principe dégagé en 1927 dans l'affaire du *Lotus* établit clairement qu'un État peut étendre la portée de ses lois au-delà de ses frontières s'il a un « lien de rattachement » clair et identifiable avec l'acte pour ou contre lequel il légifère. Pour plus de détails, voir L. Chetcuti, C. Vidotto Labastie et G. Wright, « Extraterritorialité : angle mort de la sécurité économique européenne », Institut Montaigne, (janvier 2024), <https://www.institutmontaigne.org/en/publications/extraterritoriality-blind-spot-eus-economic-security-strategy>, consulté le 20 mars 2024.

⁹ Cette affaire concernait le droit de la concurrence, que les États-Unis avaient commencé à appliquer de manière plus offensive aux comportements anticoncurrentiels hors de leurs frontières.

¹⁰ La Cour suprême a jugé que la législation américaine contre la fraude en matière de valeurs mobilières ne s'applique pas aux investissements à l'étranger, même s'ils ont un impact ou un effet national.

- L'arrêt « Charming Betsy » du XIX^e siècle, selon lequel, en cas de conflit entre la législation nationale et les règles internationales, les tribunaux délèguent leur compétence au Congrès et à son interprétation (doctrine dite de la « déférence judiciaire »).

Jusqu'à récemment, la Cour suprême statuait que dans le cas où le Congrès n'avait pas directement adressé l'objet du litige, les tribunaux pouvaient s'appuyer sur l'interprétation par les agences exécutives du gouvernement des règlements et des lois (*Chevron USA v. Natural Resources Defense Council*, 1984, et *Auer v. Robbins*, 1997). Ces agences bénéficiaient ainsi d'une marge d'appréciation, quoique limitée, dans l'interprétation du champ d'application des lois adoptées par le Congrès. Cela permettait aussi de réduire les risques de bataille judiciaire à rallonge.

Les administrations républicaines avaient à plusieurs reprises tenté de limiter la marge d'appréciation des agences exécutives, préférant s'en tenir à l'interprétation du Congrès. Sous l'administration Obama, le Congrès a tenté, sans succès, de revenir sur ce principe érigé par la Cour suprême à la suite de l'affaire Chevron. Sous la première présidence de Donald Trump, la Chambre des représentants a introduit le *Regulatory Accountability Act* de 2017 (Loi sur la responsabilité en matière de réglementation) pour restreindre la latitude des agences gouvernementales dans l'interprétation et la délimitation du champ d'application des réglementations. Si cette norme doit encore être approuvée par le Sénat, ses chances d'être adoptée sont désormais décuplées alors que les Républicains sont majoritaires au Sénat.

¹¹ Cette affaire concernait des discriminations sur le lieu de travail à l'étranger et la question de l'applicabilité des lois américaines contre les discriminations à la société Aramco (une société saoudienne du secteur de l'énergie). La Cour suprême a donné gain de cause à Aramco, déclarant que le titre VII de la loi sur les droits civiques (*Civil Rights Act*, qui interdit les discriminations en matière d'emploi) ne s'appliquait pas de manière extraterritoriale aux actes de la société hors des frontières américaines.

Par ailleurs, la Cour suprême a récemment révoqué le principe Chevron de l'affaire *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*¹² qui faisait office de précédent depuis 40 ans. Les tribunaux sont désormais compétents pour juger si les agences ont agi légalement lors de leur application des lois. C'est à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour les entreprises européennes. D'un côté, cela leur donne la possibilité de s'adresser directement aux tribunaux américains pour contester l'utilisation et l'application de normes extraterritoriales par les agences exécutives. De l'autre, cela pourrait créer une incertitude réglementaire, gênant les agences exécutives pour faire appliquer toute législation ou réglementation ambitieuse, y compris dans le domaine du climat et de l'environnement par exemple. Selon les démocrates, cela risquerait de miner les activités courantes du gouvernement américain.

Enfin, le gouvernement américain a invoqué le caractère exceptionnel que représente la sécurité nationale édicté à l'article XXI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (dénommé « GATT ») pour justifier l'usage de mesures extraterritoriales et de défense commerciale¹³. L'idée que l'OMC et les traités internationaux ne sont aujourd'hui plus aptes à protéger les intérêts vitaux américains fait son chemin aux États-Unis, aussi bien du côté des républicains que chez les démocrates. C'est dans cet esprit que la première administration Trump a cité l'article XXI pour justifier de nouveaux tarifs douaniers sur les importations d'acier et d'aluminium en provenance de l'UE en 2018.

¹² L'affaire a été traitée devant la Cour suprême des États-Unis pendant la session d'octobre 2023. *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, No. 22-451 (U.S. 28 juin, 2024), [https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451_7m58.pdf], consulté le 18 novembre 2024.

¹³ Le paragraphe (b) de l'article XXI du GATT dispose qu'aucune de ses dispositions ne sera interprétée comme empêchant une partie contractante de "prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité". Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947).

Encadré n° 1 : l'obsession américaine pour le droit et l'extraterritorialité

Contrairement à la France, dont le système est de droit civil, les États-Unis appliquent la *common law*¹⁴. La principale différence entre les deux systèmes réside dans la capacité de la jurisprudence, pour les États de *common law*, à modeler le droit¹⁵, tandis que dans les États de droit civil, c'est le droit codifié qui prédomine. Les États-Unis ont en outre une vision très particulière de la règle de droit. Comme mentionné par Helle Porsdam, professeure de droit à l'université de Copenhague, « *les Américains ne sont pas loin de penser et respirer lois* »¹⁶, et les sanctions peuvent s'avérer beaucoup plus sévères qu'ailleurs.

Selon Sascha Lohmann, spécialiste des sanctions américaines¹⁷, trois facteurs expliquent l'usage prolifique que font les États-Unis de l'extraterritorialité :

- un attachement idéologique au caractère inaliénable et universel des droits ;
- une culture de la loi empreinte d'un passé expansionniste et de conquête territoriale constante ;
- un pouvoir judiciaire indépendant, qui jouit d'une grande latitude pour définir le champ d'application géographique des lois et de leurs règlements administratifs.

¹⁴ Irlande, Royaume-Uni, Chypre et Malte (dont le droit intègre des parties de la *common law* britannique) utilisent tous la *common law*.

¹⁵ “Legal experts say common law Ireland to be ‘isolated’ within EU after Brexit”, Irish Legal News. (11 septembre 2013), para. 1, <https://www.irishlegal.com/articles/legal-experts-say-common-law-ireland-to-be-isolated-within-eu-after-brexite>, consulté le 4 janvier 2024.

¹⁶ “The Common Law and Civil Law Traditions”, Berkeley Law. (2010), 1, <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>, consulté le 4 janvier 2024.

¹⁷ “Rule of Law in American Life: A Long and Intentional Tradition”, American Bar Association. (22 août 2019), para. 2, https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/rule-of-law/rule-of-law-in-american-life-a-long-and-intentional-tradition/, consulté le 4 janvier 2024.

2 Les lois extraterritoriales américaines en substance

Les normes extraterritoriales américaines sont complexes, poursuivent des buts diversifiés et font intervenir différentes agences fédérales (voir le tableau n° 1)¹⁸.

Tableau n° 1 : des lois fédérales à portée extraterritoriale

Loi	Atomic Energy Act (AEA), Arms Export Control Act (AECA) and Export Controls Reform Act (ECRA) (International Traffic in Arms Regulations (ITAR) and Export Administration Regulations (EAR)) 1954, 1976 et 2018	Trading with the Enemy Act (TWEA) and International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) 1917 et 1977	Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) 1977	Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act (ITRSHRA) 2012	Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD ACT) 2018
Objectif	Limiter les exportations de produits « sensibles » (civils et militaires).	Protéger la sécurité nationale des États-Unis par des sanctions primaires et secondaires.	Lutter contre la corruption.	Contre la menace iranienne (nucléaire, terroriste) par des sanctions.	Protéger les données et lutter contre le terrorisme, l'exploitation sexuelle des enfants et la cybercriminalité.

¹⁸ Cette note d'éclairage contient une liste large mais non exhaustive des lois américaines de portée extraterritoriale. Afin d'éviter toute ambiguïté, d'autres lois américaines, non mentionnées ici, ont aussi des implications extraterritoriales.

Sanctions en cas de non-respect	Perte de contrats, amendes.	Amendes, exclusion du marché américain, interdiction de voyager, gel des avoirs.	Amendes, peines de prison, exclusion du marché et du système financier américains.	Sanctions, exclusion du marché et du système financier américains.	Amendes.
Objectif dissimulé ou controversé	Maintenir à tout prix l'hégémonie du marché américain.	Maintenir à tout prix l'hégémonie du marché américain.	Affaiblir ses concurrents étrangers.	Renforcer l'hégémonie politique américaine et garantir un environnement concurrentiel équitable aux entreprises américaines.	Exploitation des données : espionnage, vol de propriété intellectuelle.
Agence américaine compétente	Direction des contrôles sur le commerce dans le secteur de la défense (<i>Directorate of Defense Trade Controls</i> , DDTC) du département d'État ; Bureau de l'industrie et de la sécurité (<i>Bureau of Industry and Security</i> , BIS) du département du Commerce.	Département d'État, département de la Justice, département du Trésor.	Département de la Justice, <i>Securities and Exchange Commission</i> (SEC).	Département du Commerce, département d'État, département du Trésor.	Département d'État, <i>Federal Bureau of Investigation</i> (FBI) ; <i>Central Intelligence Agency</i> (CIA).
Entreprises soumises aux sanctions	Airbus	BNP Paribas, Commerzbank, Crédit Agricole	Alstom, ING Group	Tanker Pacific	Dassault Systèmes

2.1. DES SANCTIONS POUR PROTÉGER LA SÉCURITÉ NATIONALE ET LUTTER CONTRE LE TERRORISME

Les sanctions¹⁹, dont la préoccupation première est d'assurer la sécurité externe des États-Unis, représentent aujourd'hui un instrument de choix pour le pays qui souhaite faire pression sur des nations hostiles et condamner des personnes physiques et morales soupçonnées de corruption. Les exemples de lois fédérales américaines avec des dispositions extraterritoriales ne manquent pas :

- Le ***Trading with the Enemy Act*** de 1917 (loi sur le commerce avec l'ennemi, « TWEA ») et l'***International Emergency Economic Powers Act*** de 1977 (loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence, « IEEPA »)²⁰ font vraisemblablement partie des plus importantes sources législatives qui prévoient des régimes de sanctions américaines dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité. Ces deux lois donnent au président des États-Unis le pouvoir de mettre un terme aux flux commerciaux ou financiers en temps de guerre (TWEA) comme en temps de paix (IEEPA). Le TWEA régit les sanctions contre Cuba, là où l'IEEPA sert plus communément dans la mise sous sanctions américaines d'autres pays²¹.
- Le ***Helms-Burton Act*** de 1996²² (également appelé *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*) et l'*Iran and Libya Sanctions Act* de

¹⁹ De nombreux juristes contestent l'emploi du terme « sanctions », car celles-ci sont souvent unilatérales et non basées sur une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, et lui préfèrent le terme de « sanctions unilatérales ».

²⁰ “The International Emergency Economic Powers Act”, *United States Code, Title 50, Chapter 35*, <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter35&edition=prelim>, consulté le 5 janvier 2024.

²¹ J. Buretta, M. Lew et M. Ardeljan, “US Sanctions”, *The Guide to Sanctions. (Global Investigations Review: 2020)*, <https://globalinvestigationsreview.com/guide/the-guide-sanctions/first-edition/article/us-sanctions>, consulté le 5 janvier 2024.

²² Cette loi est une mise à jour du *Cuban Democracy Act* de 1992 (loi sur la démocratie à Cuba, également appelée loi Torricelli).

1996²³ (loi sur les sanctions contre l'Iran et la Libye, « ILSA », également appelée D'Amato Act) visent à empêcher les entreprises américaines et étrangères de travailler avec des nations considérées comme hostiles, avec Cuba dans le premier cas, avec les secteurs pétroliers de l'Iran et de la Libye dans le second. L'ILSA a été amendé en 2012 et renommé *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* (loi sur la réduction de la menace iranienne et pour les droits humains en Syrie, « ITRSHRA »).

- Le ***Countering America's Adversaries Through Sanctions Act*** de 2017 (loi pour lutter contre les ennemis des États-Unis grâce aux sanctions, « CAATSA ») administre les régimes de sanctions appliquées à la Russie, à la Corée du Nord, et les sanctions supplémentaires adoptées contre l'Iran à la suite du retrait des États-Unis de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien (« JCPOA ») sous l'impulsion de la première administration Trump. La loi CAATSA comprend également des dispositions pour empêcher toute entreprise étrangère de conclure des accords majeurs avec ces États dans le domaine de la défense²⁴.

L'*Office of Foreign Assets Control* (Bureau de contrôle des avoirs étrangers, « OFAC ») du département du Trésor américain est chargé d'appliquer ces sanctions. À l'heure actuelle, l'OFAC est responsable de 38 programmes de sanctions et actualise régulièrement les listes des personnes physiques et morales auxquelles s'appliquent les sanctions²⁵. Ces listes comprennent entre autres la **liste des ressortissants spécifiquement désignés** (*Specially Designated Nationals*, « SDN »), la liste des personnes étrangères soupçonnées d'avoir violé les sanctions

²³ En 2006, l'ILSA a été rebaptisé *Iran Sanctions Act* (loi relative aux sanctions contre l'Iran, "ISA"). L'ITRSHRA, promulgué en 2012, modifie certaines parties de l'ISA.

²⁴ P. Jeydel et al., "A Detailed Look at the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act", Steptoe, (août 2017), <https://www.steptoe.com/en/news-publications/a-detailed-look-at-the-countering-america-s-adversaries-through-sanctions-act.html>, consulté le 5 janvier 2024.

²⁵ OFAC, "Sanctions Programs and Country Information", département du Trésor américain, <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information>, consulté le 5 janvier 2024.

extraterritoriales américaines (*Foreign Sanctions Evaders List*), la liste des acteurs hors SDN auxquels s'appliquent les sanctions contre l'Iran (*Non-SDN Iran Sanctions Act List*), la liste d'identification des sanctions sectorielles, comprenant des personnes physiques et morales engagées dans certains secteurs d'activité russes (*Sectoral Sanctions Identifications List*); et la liste des membres du Conseil législatif palestinien hors SDN (*Non-SDN Palestinian Legislative Council List*)²⁶. Les personnes physiques et morales dont le nom figure sur ces listes verront leurs avoirs américains gelés, et toute « personne américaine » (voir définition ci-après) aura interdiction de travailler avec elles²⁷.

Il existe deux grandes familles de sanctions : les sanctions primaires et les sanctions secondaires. Les sanctions primaires s'appliquent généralement aux « personnes américaines », à savoir :

- les ressortissants des États-Unis (quelle que soit leur domiciliation);
- les résidents à titre permanent et les entreprises basées aux États-Unis (ainsi que leurs succursales ou filiales étrangères);
- les personnes physiques ou morales exportatrices de biens d'origine américaine (indépendamment de leurs zones d'implantation)²⁸.

Dans les faits, les sanctions primaires ont un périmètre d'action plus large grâce à la règle dite de « facilitation », qui interdit à un tiers d'effectuer une transaction qui serait sanctionnée si elle était réalisée par une personne américaine²⁹. Les transactions en dollars, le

²⁶ “Sanctions Lists Search”, OFAC, <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/>, consulté le 5 janvier 2024.

²⁷ OFAC, “Specially Designated Nationals and Blocked Persons List SDN”, département du Trésor américain. (28 décembre 2023), <https://ofac.treasury.gov/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists>, consulté le 5 janvier 2024.

²⁸ T. McKinnon, J. Terceño, K. Yamada, “Sanctions & Extraterritorial Effect”, Freshfields Bruckhaus Deringer. (10 novembre 2022), United States Section, <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102i0ui/sanctions-extraterritorial-effect-why-multiple-restrictive-measures-may-apply>, consulté le 5 janvier 2024.

²⁹ “Overview of US sanctions laws and regulations”, Norton Rose Fulbright. (juin 2019), (c) Direct and indirect liability and facilitation, [30](https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nr-<u>fw</u>/knowledge-pdfs/overview-of-us-sanctions-laws-and-regulations-disclaimer.pdf?la=en-in&revision=, consulté le 5 janvier 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

recours aux services d'une banque américaine ou d'une banque basée aux États-Unis et l'enregistrement de données sur des serveurs américains sont autant de déclinaisons de ces « facilitations »³⁰. En 2014, les agences fédérales et d'État américaines ont sanctionné la banque BNP Paribas pour « conspiration en vue de violer l'IEEPA et le TWEA » en utilisant le système financier américain pour opérer des transactions notamment pour le compte de clients iraniens sous sanctions américaines³¹. La banque a été condamnée à une amende de 8,9 milliards de dollars. De même, en 2018, la Société Générale a été condamnée à une amende de 1,3 milliard de dollars pour violation de l'IEEPA et du TWEA³².

Depuis les années 1990, les États-Unis appliquent également des sanctions dites secondaires, ciblant cette fois des personnes non-américaines, dont les activités sont jugées contraires aux intérêts de la sécurité nationale américaine – sans nécessité de lien direct entre ces entités et les États-Unis. Le *Cuban Assets Control Regulations* (règlement sur le contrôle des avoirs cubains, tiré du TWEA) et l'*Iran Transaction and Sanctions Regulations* (règlement relatif aux transactions avec l'Iran et aux sanctions contre l'Iran) s'appliquent aux personnes américaines et non-américaines. Cela signifie qu'une entreprise étrangère qui investit dans le secteur de l'énergie iranien, par exemple, ou qui décide de commercer avec des entreprises inscrites sur la liste noire des SDN peut aisément faire l'objet de sanctions secondaires américaines, sans qu'il n'existe de relation apparente entre cette entité et les États-Unis. **Ainsi, si la loi américaine ne peut directement interdire à**

³⁰ D. Pilarski, "US Sanctions 101", Watson Farley & Williams. (16 septembre 2020), *US Person/Facilitation*, <https://www.wfw.com/articles/us-sanctions-101/>, consulté le 5 janvier 2024.

³¹ Département de la Justice américain, OFAC, *BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 billion* [Communiqué de presse], (30 juin 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>, consulté le 5 janvier 2024.

³² Conseil des Gouverneurs de la Réserve fédérale, "Federal Reserve Board fines Société Générale S.A. \$81.3 million for firm's unsafe and unsound practices primarily related to violations of U.S. sanctions against Cuba", [Communiqué de presse], (18 novembre 2018), <https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/enforcement20181119a.htm>, consulté le 25 mars 2024.

une entreprise étrangère de travailler au sein d'une puissance qu'elle considère comme dangereuse, elle peut toutefois sanctionner les activités de cette entreprise du moment qu'elle démontre la menace que ses activités constituent pour la sécurité nationale américaine. Et étant donné l'acception large que les États-Unis confèrent à la sécurité nationale, cela inclut du même coup leurs intérêts économiques³³.

Il existe pléthore d'autres exemples de non-respect des réglementations américaines, ou de non-conformité. En 2015, le Crédit Agricole a accepté de payer 787 millions de dollars³⁴ de pénalités pour violation des sanctions américaines contre l'Iran, le Soudan et d'autres pays. La banque française a reconnu avoir permis à onze banques soudanaises, parmi lesquelles six figuraient dans la liste des SDN, de maintenir des comptes dans ses établissements³⁵. La même année, la Commerzbank allemande a renoncé à un bénéfice de 563 millions de dollars et payé une amende de 79 millions de dollars pour violation des sanctions appliquées en vertu de l'IEEPA³⁶. En 2012, la banque néerlandaise ING avait également réglé 619 millions de dollars à l'OFAC du département du Trésor américain³⁷.

³³ S. Lohmann, *Extraterritorial U.S. Sanctions*, 4.

³⁴ New York State Department of Financial Services, *NYDFS Announces Crédit Agricole To Pay \$787 Million* [Communiqué de presse], (20 octobre 2015), https://www.dfs.ny.gov/reports_and_publications/press_releases/pr1510201, consulté le 10 janvier 2024.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Département de la Justice américain, *Commerzbank AG Admits to Sanctions and Bank Secrecy Violations* [Communiqué de presse], (12 mars 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/commerzbank-ag-admits-sanctions-and-bank-secrecy-violations-agrees-forfeit-563-million-and>, consulté le 10 janvier 2024.

³⁷ Département du Trésor américain, *Treasury Department Announces \$619 Million Settlement with ING Bank* [Communiqué de presse], (12 juin 2012), <https://home.treasury.gov/news/press-releases/tg1612>, consulté le 10 janvier 2024.

Encadré n° 2 : les modes d'application des sanctions

L'OFAC, organe du département du Trésor américain, dispose de plusieurs leviers pour assurer le respect des sanctions :

- 1. Amendes :** en vertu de l'IEEPA, l'OFAC peut infliger des amendes sur la base des directives pour l'application des sanctions économiques (*Economic Sanctions Enforcement Guidelines*). Ces amendes peuvent atteindre jusqu'à 295 141 dollars par infraction, ou deux fois le montant de la transaction incriminée. Loin d'être transparente, cette procédure ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire, en vertu de l'*Administrative Procedure Act* de 1946 (loi sur la procédure administrative³⁸). Ces amendes peuvent d'ailleurs sanctionner des personnes non-américaines.
- 2. Contrôle continu de la conformité :** l'OFAC peut requérir des informations sensibles des entreprises et de leurs actionnaires. En cas de non-conformité avec la loi américaine, les entreprises peuvent se retrouver exclues du marché et du système financier américains.
- 3. Transmission des infractions au département de la Justice pour poursuites pénales :** les poursuites judiciaires peuvent alors aboutir à de nouvelles amendes et à des peines de prison, sachant que les traités d'extradition permettent d'extraire des personnes non-américaines aux États-Unis pour y être jugées.

³⁸ *Ibid.*, 5.

Le cas de l'Iran est particulièrement emblématique de la manière dont les États-Unis tirent parti des sanctions pour contraindre les approches et les méthodes de gouvernements ou de personnes morales étrangers. En 2015, la deuxième administration Obama signait l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien (« JCPOA ») – un accord entre l'Iran, les États-Unis, l'UE et la Chine destiné à restreindre le programme nucléaire de Téhéran et à freiner ses ambitions, en vertu de la non-prolifération nucléaire. En échange, les signataires promettaient d'alléger les sanctions contre l'Iran. Cet accord fut particulièrement bénéfique pour les entreprises européennes qui avaient été contraintes de retirer leurs capitaux d'Iran par peur d'enfreindre les sanctions américaines.

Depuis sa création, l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien suscite de fortes dissensions dans la société américaine. À peine élu en 2016, Donald Trump s'était empressé d'honorer sa promesse de campagne et de retirer les États-Unis de l'accord. Les sanctions, qui avaient été levées, furent dès lors rétablies pour « *contraindre les dirigeants iraniens à accéder aux demandes de transformation fondamentale de leur politique nucléaire, et plus globalement de leurs politiques régionales et nationales* »³⁹. Sans surprise, le rétablissement des sanctions primaires et secondaires a créé une nouvelle vague de départs chez un grand nombre d'entreprises européennes et asiatiques – quand bien même leur propre gouvernement autorisait l'investissement et le commerce en Iran. Plus de 50 banques iraniennes ont été exclues du système SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*, basée en Belgique), le principal système de messagerie des institutions financières internationales, si bien qu'il est devenu pratiquement impossible à l'Iran de commercer à l'international⁴⁰. Très vite, la situation économique s'est détériorée, sous l'effet de sanctions touchant

³⁹ *Ibid.*, 2.

⁴⁰ SWIFT est constituée en vertu du droit belge. Les banques iraniennes n'ont plus pu travailler avec les banques centrales des États membres du G10, Banca d'Italia, la Banque du Canada, la Banque d'Angleterre, la Banque du Japon, la Banque de France, De Nederlandsche Bank, Deutsche Bundesbank, la Banque centrale européenne, Sveriges Riksbank, la Banque nationale suisse et le Système de la Réserve fédérale américaine.

même l'accès à certains traitements médicaux vitaux⁴¹. Les États-Unis n'ont pas réintégré l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien sous l'administration Biden.

Dans bien d'autres cas, les sanctions américaines se sont avérées indispensables pour protéger les États-Unis et leurs alliés. Les sanctions américaines ont permis aux autorités policières américaines de réduire la menace terroriste. En novembre 2023, Binance, l'une des principales plateformes d'échange de crypto monnaies, a été jugée coupable de blanchiment de capitaux et de violation du *Bank Secrecy Act* (loi sur le secret bancaire, « BSA ») et de l'*International Emergency Economic Powers Act* (loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale, « IEEPA »)⁴². Les juges ont révélé plus particulièrement que *Binance* n'avait établi aucun programme de sécurité capable d'empêcher toute transaction avec des groupes terroristes, tels que le Hamas et le Jihad islamique palestinien, mais aussi Al-Qaïda et Daech⁴³. La société a été condamnée à une amende de 4,3 milliards de dollars.

Nadia Murad, lauréate du prix Nobel de la paix en 2018, fait partie des 400 femmes yézidiennes qui poursuivent le cimentier français *Lafarge* (aujourd'hui filiale du groupe suisse *Holcim*) pour conspiration secrète du groupe avec l'État islamique afin de les approvisionner en matériaux de construction⁴⁴. La filiale syrienne de *Lafarge* a reconnu avoir versé

⁴¹ T. Sepehri Far, "Maximum Pressure US Economic Sanctions Harm Iranians' Right to Health", Human Rights Watch, (octobre 2019), <https://www.hrw.org/report/2019/10/29/maximum-pressure/us-economic-sanctions-harm-iranians-right-health>, consulté le 5 janvier 2024.

⁴² Département de la Justice américain, OFAC, *Binance and CEO Plead Guilty to Federal Charges in \$4B Resolution* [Communiqué de presse], (21 novembre 2023), <https://www.justice.gov/opa/pr/binance-and-ceo-plead-guilty-federal-charges-4b-resolution>, consulté le 5 janvier 2024.

⁴³ B. Bushard, "Justice Department Cites Hamas' Use Of Binance In \$4.3 Billion Settlement", *Forbes*, (21 novembre 2023), para. 4, <https://www.forbes.com/sites/brianbushard/2023/11/21/justice-department-cites-hamas-use-of-binance-in-43-billion-settlement/?sh=68f8d20030f0>, consulté le 5 janvier 2024.

⁴⁴ Département de la Justice américain, OFAC, *Lafarge Pleads Guilty to Conspiring to Provide Material Support to Foreign Terrorist Organizations*, [Communiqué de presse], (18 octobre 2022), <https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations>, consulté le 5 janvier 2024.

près de 6 millions de dollars à l'État islamique et au Front Al-Nosra, une autre organisation désignée comme terroriste par les États-Unis, pour évincer toute concurrence de ce projet commercial. Cette même filiale fut également accusée d'avoir vendu directement du ciment à l'État islamique pour construire des tunnels souterrains qui ont servi de lieu de détention et de torture d'otages yézidis et occidentaux⁴⁵.

Ces quelques exemples suffisent à démontrer la capacité de l'extra-territorialité des normes américaines à empêcher des entreprises évoluant dans des environnements à haut risque, comme dans des zones minées par la guerre, de soutenir des activités criminelles ou terroristes. Et dans bien des cas, les efforts des États-Unis pour encourager les entreprises à adopter un comportement responsable et pour leur rappeler leur responsabilité légale ont été payants.

2.2. LE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS

Les sanctions économiques prennent aussi la forme de contrôle des exportations. L'**Atomic Energy Act** de 1954 (loi sur l'énergie atomique, « AEA »), l'**Arms Export Control Act** de 1976 (loi sur le contrôle des exportations d'armes « AECA ») et l'**Export Controls Reform Act** de 2018 (loi sur la réforme du contrôle des exportations, « ECRA ») confèrent au président des États-Unis le droit d'interdire les exportations de produits, de matériels et de logiciels américains susceptibles de compromettre la sécurité nationale américaine. **Le paysage réglementaire américain en matière de contrôle des exportations est très complexe** : à chaque règlement est associé une liste de produits contrôlés, nécessitant eux-mêmes l'obtention préalable d'une licence.

⁴⁵ A. Clooney, L. Wolosky, "Opinion | Why We're Helping Yazidi Americans Get Justice", *The New York Times*, (17 décembre 2023), para. 6, <https://www.nytimes.com/2023/12/17/opinion/isis-yazidi-lawsuit.html>, consulté le 5 janvier 2024.

L'**AEA**, règlement piloté par la Commission de réglementation nucléaire (*Nuclear Regulatory Commission*) du département de l'Énergie, donne au président des États-Unis le pouvoir d'interdire des exportations d'équipements et de matériels nucléaires non licenciés.

L'**AECA** contrôle les exportations, parfois même les importations de « matériels militaires sensibles », soit les équipements militaires et services associés comprenant des technologies ou logiciels américains. Plusieurs agences veillent à l'application de cette loi établie dans l'*International Traffic in Arms Regulations* (règlement sur le trafic d'armes international, « ITAR »), et notamment **la Direction des contrôles sur le commerce dans le secteur de la défense** (*Directorate of Defense Trade Controls*, « DDTC ») **du département d'État américain et l'Agence de coopération en matière de défense et de sécurité** (*Defense Security Cooperation Agency*, « DSCA ») du département de la Défense. La liste des munitions américaines (*US Munitions List*, « USML »), intégrée dans l'ITAR, recense tous les produits dont l'exportation est contrôlée⁴⁶, et la DDTC est chargée d'accorder les prescriptions nécessaires à l'obtention de licences, comme de les en exempter pour autoriser l'exportation de ces produits. Un même permis peut parfois couvrir les réexportations ou transferts desdits produits. À cet égard, il n'est pas nécessaire de demander de licences supplémentaires à la DDTC pour réexporter ou transférer des produits ITAR au sein des pays membres de l'OTAN ou entre l'OTAN et ses alliés (Australie, Corée du Sud, Israël, Japon et Nouvelle-Zélande)⁴⁷.

⁴⁶ La liste USML s'appuie sur l'annexe au régime de contrôle de la technologie des missiles (MTCR), un accord multilatéral non contraignant juridiquement, qui fédère 35 pays, et vise à limiter la multiplication des technologies des missiles en instituant une liste de produits contrôlés.

⁴⁷ "Licenses for the Export and Temporary Import of Defense Articles", Title 22, Chapter I, Part 123, Code of Federal Regulations, <https://www.ecfr.gov/current/title-22/chapter-I/subchapter-M/part-123>, consulté le 9 janvier 2024.

Encadré n° 3 : l'ITAR sape-t-il le marché transatlantique de l'armement ?

L'ITAR a suscité de nombreuses critiques de la part d'entreprises américaines comme européennes. Ils font les griefs suivants à la procédure d'obtention de permis :

- **De générer des risques en approvisionnement** : le processus d'accréditation de l'ITAR est globalement lent et imprévisible, ce qui retarde certains projets en cours et *in fine* porte atteinte à la réputation des entreprises.
- **D'être lourde et coûteuse** : les produits intégrant une ou plusieurs composantes américaines, qu'il s'agisse d'une pièce détachée ou d'un logiciel, doivent posséder un permis pour chacune d'entre elles, ce qui représente une charge administrative et juridique lourde et coûteuse. Cela explique d'ailleurs en partie les recommandations adressées par certains États membres de l'UE et la Commission européenne aux entreprises européennes du secteur de la défense : ces dernières sont incitées à limiter leur usage et à réduire leurs dépendances à l'égard des technologies et biens américains soumis au contrôle des exportations en vertu de l'ITAR⁴⁸.
- **De freiner la compétitivité des entreprises américaines** : face à la complexité réglementaire de l'ITAR, des entreprises de l'industrie spatiale européenne telles qu'Alcatel, Morotta Surrey Satellite ou EADS (Astrium), se sont lancées dans la fabrication

⁴⁸ Commission européenne, *La Commission dévoile des actions significatives visant à contribuer à la défense européenne, à stimuler l'innovation et à remédier aux dépendances stratégiques* [Communiqué de presse]. (15 février 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_22_924, consulté le 9 janvier 2024.

de produits « hors ITAR ». Elles ont rapidement vu leurs ventes s'envoler, au détriment des entreprises américaines, cheffes de file historiques du marché mondial de l'espace depuis le début des années 2000. Elles ont en tout cas inspiré certains constructeurs américains, à l'image de Boeing et de son modèle de jet 787 : composé en majorité de produits « ITAR-free », il s'exporte et se réexporte plus facilement.

Plusieurs administrations américaines ont déjà plaidé pour une réforme de l'ITAR. Avec son Initiative de réforme du contrôle des exportations (*Export Control Reform Initiative*), le président Obama a essayé de démontrer la charge, voire l'effet contre-productif que les procédures complexes d'accréditation font peser sur les entreprises et le rôle marginal que ces contrôles jouent dans la préservation de la sécurité nationale⁴⁹. Le Congrès lui a alors refusé son soutien. En mai 2023, les républicains au Congrès ont présenté un projet de loi, le *TORPEDO Act*, visant à alléger les restrictions aux exportations de l'ITAR pour celles à destination stricte du Royaume-Uni et de l'Australie, États signataires de l'accord AUKUS de septembre 2021 avec les États-Unis. Ce projet de loi a reçu un accueil favorable du côté des républicains comme des démocrates⁵⁰ et en septembre 2024 le Département d'État américain a amendé l'ITAR, accordant des exemptions aux exigences en matière de licences d'exportation pour les entreprises situées en Australie et au Royaume-Uni.

⁴⁹ Département d'État américain, Bureau des affaires publiques, "The President's Export Control Reform Initiative: Reinventing the System and Promoting National Security", *US State Department Archives*, (10 mai 2013), <https://2009-2017.state.gov/r/pa/pl/2013/209319.htm>, consulté le 9 janvier 2024.

⁵⁰ J. Risch, M. McCaul, "Congressional Republicans are seeking an arms export overhaul to cut red tape for the AUKUS agreement", *Politico Congress Minutes*, (5 mai 2023), <https://www.politico.com/minutes/congress/05-4-2023/aukus-legislation/>, consulté le 9 janvier 2024.

L'ECRA, ou *Export Control Reform Act*, est la loi qui régit les exportations, les réexportations et les transferts intra-nationaux de tous les biens marchands à double usage, ainsi que de certains produits militaires à la « sensibilité moindre ». Les prescriptions pour l'octroi de licences à l'export sont bien plus précises et complexes sous son régime que sous celui de l'ITAR. L'ECRA est mis en œuvre dans le cadre des Réglementations sur l'administration des exportations (Export Administration Regulations, EAR), qu'administre le **Bureau de l'Industrie et de la Sécurité** (*Bureau of Industry and Security*, « BIS ») **du département du Commerce américain**. Des licences d'exportation ou des exonérations de licences sont requises pour tous les produits **inscrits sur la *Commerce Control List (CCL)***⁵¹ des Réglementations sur l'administration des exportations (EAR).

Tableau n° 2 : le régime américain de contrôle des exportations

L'*Arms Export Control Act* de 1976 (loi sur le contrôle des exportations d'armes, « AECA »)

Objectif : loi fédérale régissant le contrôle des exportations – et parfois même, des importations – de « biens militaires sensibles » (soit des biens militaires et services associés comprenant une part de technologies ou logiciels américains). Son règlement d'application est l'*International Traffic in Arms Regulations* (règlement sur le trafic d'armes international, « ITAR »).

Autorité compétente : la loi est administrée par plusieurs agences, dont la Directorate of Defense Trade Controls (Direction des contrôles commerciaux de la défense, « DDTC ») du département d'État américain et la *Defense Security Cooperation Agency* (Agence de coopération en matière de défense et de sécurité, « DSCA ») du département de la Défense américain.

⁵¹ J. Voetelink, "The Extraterritorial Reach of US Export Control Law. The Foreign Direct Product Rules", *Journal of Strategic Trade Control*, 1/1. (2023), 5, <https://popups.uliege.be/2952-7597/index.php?id=57>.

Export Controls Reform Act de 2018 (réforme législative sur le contrôle des exportations, « ECRA »)

Objectif : loi fédérale régissant directement l'exportation, la réexportation et le transfert intra-national de biens à double usage et d'autres biens militaires « moins sensibles ». Les conditions d'accréditation à l'export sont bien plus fournies et complexes que celles de l'ITAR. Son règlement d'application est l'*Export Administration Regulations* (règlement sur l'administration des exportations, « EAR »).

Autorité compétente : l'EAR est administré par le Bureau de l'Industrie et de la Sécurité (BIS) du département du Commerce américain. Des licences d'exportation ou exonérations de licences sont requises pour tous les produits inscrits dans la liste de contrôle du commerce de l'EAR (Commerce Control List, « CCL »).

Si l'EAR est devenue l'une des incarnations les plus absolues de la puissance de l'extraterritorialité, c'est grâce à la règle sur les produits étrangers directs (*Foreign Direct Product Rule*, « FDPR »). Cette règle impose un contrôle sur les exportations dans les conditions suivantes :

- les biens qui contiennent entre 10 et 25 % ou plus de composantes commerciales ou à double usage en provenance des États-Unis⁵² – quand bien même ces derniers sont fabriqués en dehors du territoire américain.
- les biens qui intègrent des technologies américaines sensibles, ou utilisent des procédés de fabrication américains – bien que fabriqués hors États-Unis.
- toute entreprise qui transporte ce type de biens⁵³.

Avant 2013, il n'existait qu'une seule réglementation FDPR. Cette dernière s'appliquait à un petit nombre de biens à double usage et se cantonnait à contrôler l'exportation et la réexportation à destination de certains pays jugés hostiles aux États-Unis. Mais au cours des dix dernières années, le BIS a nettement étendu cette règle, **ce qui a permis aux États-Unis d'appliquer leur compétence juridique à la plupart des produits « critiques » dont la fabrication nécessite l'usage de logiciels, équipements ou technologies américains – sans même**

⁵² *Ibid.*, 8.

⁵³ T. Johnson, D. Bade, *Export/Import Procedures and Documentation*, (New York: AMACOM, 2010), 187.

que ces biens ne contiennent de composants américaines, ni qu'ils ne transitent par les États-Unis⁵⁴. C'est désormais un véritable casse-tête pour les entreprises américaines spécialisées dans la conception, la fabrication ou le transport de produits « critiques », d'exporter leurs produits, compte-tenu du nombre de régimes de contrôle auxquels elles doivent souvent se conformer. En cas de non-respect des dispositions applicables, elles risquent des contentieux avec le pouvoir judiciaire et les agences gouvernementales américaines.

Sous la première administration Trump, le département du Commerce a annoncé se focaliser sur sa concurrence stratégique à long terme avec la Chine. À cette fin, les États-Unis ont alors étendu le périmètre d'application de l'EAR afin de restreindre les exportations de technologies vers la Chine⁵⁵. En 2019, le département du Commerce a ainsi ajouté Huawei et ses 68 sociétés associées non-américaines (implantées dans des pays comme l'Allemagne, la Belgique, le Japon, le Royaume-Uni et le Vietnam) à la liste des entités⁵⁶. De même, l'administration Biden a modifié l'EAR en octobre 2022 afin d'ajouter à la *Commerce Control List* les semi-conducteurs, les puces électroniques les plus avancées et tout produit de base comprenant des puces⁵⁷. Nouvellement réélu, Trump a promis l'adoption de nouveaux contrôles aux exportations plus agressifs vis-à-vis de la Chine et des sanctions plus sévères envers les entreprises qui ne les respectent pas⁵⁸.

⁵⁴ S. Gearity, "Understanding the Foreign Direct Product Rule", *Export Compliance Training Institute*, (20 décembre 2022), <https://www.learnexportcompliance.com/understanding-the-foreign-direct-product-rule/>, consulté le 9 janvier 2024.

⁵⁵ T. Gehrke, J. Ringhof, "The Power of Control: How the EU can shape the new era of strategic export restrictions", *ECFR*, (mai 2023), <https://ecfr.eu/wp-content/uploads/2023/05/The-Power-of-Control-How-the-EU-can-shape-the-new-era-of-strategic-export-restrictions.pdf>, consulté le 9 janvier 2024.

⁵⁶ R. Burke et al., "US Designates Huawei to Entity List, Issues Temporary General License", *White & Case LLP*, (23 mai 2019), <https://www.whitecase.com/insight-alert/us-designates-huawei-entity-list-issues-temporary-general-license>, consulté le 9 janvier 2024.

⁵⁷ A. W. Palmer, "An Act of War": *Inside America's Silicon Blockade Against China*", *New York Times*, (12 juillet 2023), <https://www.nytimes.com/2023/07/12/magazine/semiconductor-chips-us-china.html>, consulté le 9 janvier 2024.

Plus récemment, les États-Unis ont fait pression sur leurs alliés afin de mieux coordonner – voire même d’aligner – leurs réglementations nationales en matière de contrôle des exportations⁵⁹.

En janvier 2023, les États-Unis, les Pays-Bas et le Japon ont conclu un accord pour restreindre l’exportation vers la Chine d’équipements et technologies de production de puces de pointe, comme les outils de lithographie fabriqués par le Néerlandais ASML et les Japonais Nikon et Tokyo Electron⁶⁰. **Ces nouveaux contrôles des exportations ont attisé une nouvelle vague de tensions commerciales entre les États-Unis et la Chine.** Afin de désamorcer ces tensions, les deux pays ont établi de nouveaux canaux de communication dédiés aux questions économiques et commerciales en août 2023. Une nouvelle enceinte bilatérale pour discuter du contrôle des exportations (« *Export Control Enforcement Information Exchange* ») et un nouveau groupe de travail destiné à élargir les débouchés commerciaux, le « *Commercial Issues Working Group* », ont été mis en place⁶¹. Si plusieurs domaines de coopération ont été identifiés comme la santé ou les technologies vertes, il n’est pas certain qu’ils aient mené à des résultats tangibles, ils n’ont pas non plus empêché l’administration Biden d’adopter de nouveaux contrôles sur les exportations de semi-conducteurs, de matériaux de fabrication pour ces semi-conducteurs et de matériels informatiques destinés à la Chine en octobre 2023. Comme le souligne Noah Barkin,

⁵⁹ A. Slodkowski, J. Pomfret, et L. Chen, “Ready or not? How China scrambled to counter the second Trump shock,” Reuters, (novembre 2024), <https://www.reuters.com/world/ready-or-not-how-china-scrambled-counter-second-trump-shock-2024-11-08/>, consulté le 18 novembre 2024.

⁵⁹ P. Haeck, “How the Dutch turned on Chinese tech”, Politico, (9 mars 2023), <https://www.politico.eu/article/chips-netherlands-mark-rutte-china/>, consulté le 9 janvier 2024.

⁶⁰ Département du Commerce américain, Bureau de l’industrie et de la sécurité, “Federal Register: Implementation of Additional Export Controls: Certain Advanced Computing and Semiconductor Manufacturing Items”, Federal Register, (18 janvier 2023), <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/18/2023-00888/implementation-of-additional-export-controls-certain-advanced-computing-and-semiconductor>, consulté le 9 janvier 2024.

⁶¹ Département du Commerce américain, Readout of Secretary Raimondo’s Meeting with Minister of Commerce of the People’s Republic of China Wang Wentao [Communiqué de presse], (28 août 2023), <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2023/08/readout-secretary-raimondos-meeting-minister-commerce-peoples-republic>, consulté le 9 janvier 2024.

chercheur spécialiste de la Chine, ces mesures ont une portée extra-territoriale significative, car elles ont introduit une règle de *minimis* de 0 % qui permet à Washington de revendiquer sa compétence sur les matériels de lithographie fabriqués à l'étranger, tels ceux produits par le néerlandais ASML, même lorsqu'ils ne contiennent aucun composant américain⁶². Un communiqué du département du Commerce a ajouté que ces contrôles visaient à restreindre « *la capacité de la Chine à acheter et à fabriquer certaines puces de pointe, qui sont critiques pour obtenir un avantage militaire [...] et à combler les vides juridiques* »⁶³.

2.3. LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX

Le Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (loi sur les pratiques de corruption à l'étranger, « FCPA »), révisé en 1998⁶⁴, permet au département de la Justice de poursuivre les personnes soupçonnées de corruption. La loi interdit en particulier aux personnes physiques et aux entreprises de corrompre des agents publics étrangers et oblige les entreprises à réaliser de stricts audits internes. Le FCPA distingue trois catégories de « personnes »⁶⁵ :

- les émetteurs (« *Issuers* ») – les entreprises qui émettent des valeurs mobilières sur le marché américain ainsi que leurs administrateurs,

⁶² N. Barkin, "Watching China in Europe", GMFUS, (7 novembre 2023), para. 12, <https://www.gmfus.org/news/watching-china-europe-november-2023>, consulté le 9 janvier 2024.

⁶³ Département du Commerce américain, Bureau de l'industrie et de la sécurité, Commerce Strengthens Restrictions on Advanced Computing Semiconductors, Semiconductor Manufacturing Equipment, and Supercomputing Items to Countries of Concern [Communiqué de presse], (17 octobre 2023), <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3355-2023-10-17-bis-press-release-ac-s-and-sme-rules-final-js/file>, consulté le 9 jan. 2024.

⁶⁴ La loi a été révisée après la signature en 1997 par les pays membres de l'OCDE de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Les États-Unis ont commencé à appliquer le FCPA hors de leur territoire en 1998.

⁶⁵ L. Byrd et al., "Does the FCPA Apply to Foreign Companies?", Oberheiden Security Litigation & Compliance, <https://federal-lawyer.com/securities-litigation/fcpa/apply-foreign-companies/>, consulté le 9 janvier 2024.

dirigeants et actionnaires, ou toute autre personne agissant pour leur compte⁶⁶ ;

- les personnes nationales (« *Domestic concerns* ») – les ressortissants américains, les résidents et les entreprises de droit américain (les entreprises étrangères et les ressortissants étrangers peuvent être soumis au FCPA s'ils facilitent une violation du FCPA) ;
- les personnes autres que les émetteurs et personnes nationales (« *Persons other than issuers or domestic concerns* ») – toute personne physique ou morale, indépendamment de sa nationalité, utilisant le commerce entre États américains ou les services postaux américains pour effectuer un paiement corrompu.

La Division criminelle du département de la Justice américain et la Division chargée de l'application des lois de la *Security and Exchange Commission* (SEC) conduisent les poursuites et les enquêtes sur les violations du FCPA.

Toute société cotée à la bourse de New York (NYSE) est vouée à être soumise à la réglementation FCPA. Fait éloquent : si les données montrent que les autorités américaines ont ciblé des entreprises américaines et étrangères, ce sont les entreprises étrangères qui ont payé les plus lourdes amendes. Selon les données de la chambre de compensation du FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*, « FCPAC »), sur les 10 entreprises les plus sévèrement sanctionnées au titre du FCPA depuis 1997, une seule est américaine. Les autres entreprises sont européennes (5), latino-américaines (3) et russes (1)⁶⁷. Les entreprises européennes

⁶⁶ S. Menegon, A. Murgier, W. Julie, « *United States extraterritoriality: European Union sovereignty at stake*. *International Bar Association* », *International Bar Association, US extraterritorial laws prohibiting corruption and money laundering*, <https://www.ibanet.org/article/CF85E59E-6564-4AA3-9408-3F47C6449C9D>, consulté le 9 janvier 2024.

⁶⁷ P. Roche-Bruyn, « *Entre mesures extraterritoriales et lois de blocage, quel ordre économique mondial ?* », 3/3, IRIS, (mars 2023), <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2023/03/ProgGeopoEntre-Extraterritorialite-Mars-2023.pdf>, consulté le 9 janvier 2024. Données extraites de « *Total and Average Sanctions Imposed on Entity Groups per Year* », *Stanford Law School*, <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=2>, consulté le 9 janvier 2024.

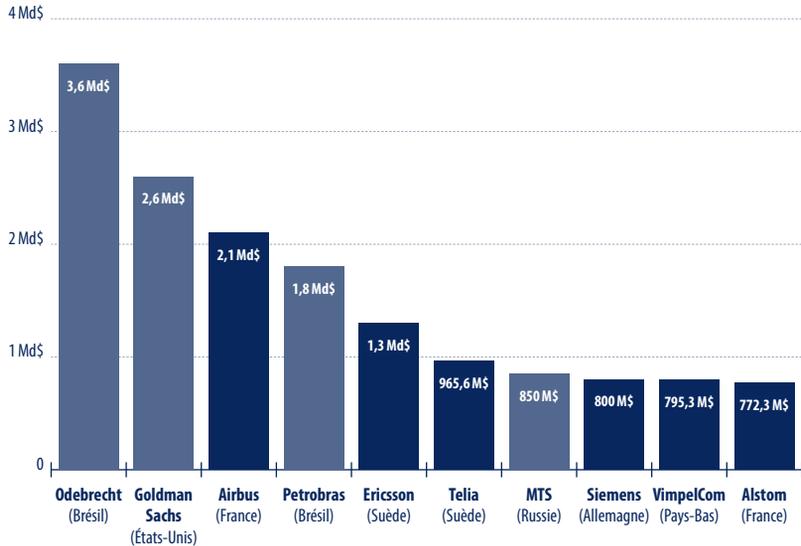
qui ont été sanctionnées en vertu du FCPA sont entre autres Airbus et sa filiale aux Pays-Bas, Ericsson (Suède), Siemens (Allemagne), Alstom (France) et la Société Générale (France).⁶⁸ **Le fait que les entreprises étrangères aient payé les plus lourdes amendes au Trésor américain alors que les entreprises américaines sanctionnées étaient plus nombreuses a conduit de nombreux alliés des États-Unis à s'interroger sur les autres motifs, hormis la lutte contre la corruption, qui pourraient être derrière la loi** (voir Graphique n° 1 en p. 47 pour plus de détails). Selon le référentiel américain «FCPA Resource Guide», une entreprise qui, volontairement, « se dénonce, coopère pleinement et remédie rapidement aux irrégularités »⁶⁹ avant l'ouverture des poursuites pénales, peut bénéficier d'une réduction de son amende allant jusqu'à 50 %. Cependant, cela implique souvent de remettre aux autorités américaines compétentes des informations sensibles sur les activités d'une entreprise, ses comptes et ses flux commerciaux.

⁶⁸ “How U.S. extraterritorial legal action affects European companies”, *Brussels Report*. (16 décembre 2021), para. 25, <https://www.brusselsreport.eu/2021/12/16/how-u-s-extraterritorial-legal-action-affects-european-companies/>, consulté le 9 janvier 2024.

⁶⁹ “Foreign Corrupt Practices Act Of 1977 – Justice Manual”, département de la Justice américain, 1. Credit for Voluntary Self-Disclosure, Full Cooperation, and Timely and Appropriate Remediation in FCPA Matters, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>, consulté le 9 janvier 2024.

Graphique n° 1 : les entreprises européennes figurent parmi les plus lourdement condamnées pour violation du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) américain

Montants en milliards de dollars



Source : *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse (FCPAC)*.

Jusqu'en 2007, le montant annuel moyen des sanctions infligées au titre du FCPA ne dépassait pas les 75 millions de dollars. **À partir de 2008, les amendes ont fortement augmenté pour atteindre un record annuel de 6 milliards de dollars en 2016.** En 2008, Siemens a payé 350 millions de dollars à la SEC et 450 millions de dollars au département de la Justice après avoir été reconnue coupable de corruption d'agents publics étrangers en Argentine, au Bangladesh, en Chine, en Irak, au Mexique, au Venezuela et au Vietnam⁷⁰. Une autre affaire à fort retentissement

est celle de TotalÉnergies qui, en 2013, a accepté de payer 398 millions de dollars pour paiements illicites à un agent public iranien en contrepartie de l'exploitation de champs pétroliers et gaziers⁷¹. En 2020, l'Européen Airbus – l'un des deux plus grands constructeurs mondiaux d'avions de ligne – a accepté de payer plus de 3,9 milliards de dollars aux autorités américaines, françaises et britanniques pour violation du FCPA et de l'AECA, et de son règlement d'application, l'ITAR (voir partie II, page 26). En 2018, la première administration Trump a arrêté Meng Wanzhou, directeur financier de Huawei Technologies, pour fraude et conspiration en vue de commettre une fraude en vendant de la technologie américaine à l'Iran⁷². Meng a été arrêté au Canada et extradé aux États-Unis.

Donald Trump a exprimé son aversion pour le FCPA, qu'il considère comme « horrible et injuste » pour les entreprises. Au printemps 2017, il charge son secrétaire d'État de l'époque, Rex W. Tillerson, d'étudier la suppression du FCPA qui ne nécessiterait pas de passer par le Congrès. Il demande également à son conseiller Stephen Miller de rédiger un décret d'abrogation. Avec le procureur général de l'époque, Jess Sessions, ils insistent cependant pour que la législation anticorruption soit maintenue. Bien que le nombre d'enquêtes ait diminué, davantage d'entreprises ont été poursuivies sous l'administration Trump I que sous l'administration Obama 2⁷³.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ R. Cassin, "Total SA pays \$398 million to settle U.S. bribe charges", *The FCPA Blog*, (29 mai 2013), <https://fcpablog.com/2013/05/29/total-sa-pays-398-million-to-settle-us-bribe-charges/>, consulté le 9 janvier 2024.

⁷² D. Wakabayashi, A. Rappeport, "Huawei C.F.O. Is Arrested in Canada for Extradition to the US", *The New York Times*, (5 décembre 2018), <https://www.nytimes.com/2018/12/05/business/huawei-cfo-arrest-canada-extradition.html>, consulté le 9 janvier 2024.

⁷³ C. D. Leonnig et P. Rucker, *A Very Stable Genius: Donald J. Trump's Testing of America*, Penguin Press (2020).

2.4. DES ATTEINTES AUX DROITS HUMAINS ET À LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Le *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act* de 2016 (loi Magnitski) autorise le président des États-Unis à prononcer des sanctions économiques, révoquer des visas, geler des avoirs et refuser l'entrée aux États-Unis à toute personne étrangère soupçonnée d'atteintes aux droits humains ou de corruption. Cette loi s'appuie sur le *Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act* de 2012, qui interdit l'accès aux États-Unis à toutes les personnes impliquées dans la mort de Sergueï Magnitski, un contrôleur fiscal russe qui avait révélé des affaires de corruption en Russie⁷⁴.

Le 20 décembre 2017, le président Trump a pris l'ordonnance exécutive 13818⁷⁵ pour lutter contre « les atteintes aux droits humains et la corruption généralisées »⁷⁶ en invoquant la loi Magnitski et les pouvoirs en cas d'urgence nationale prévus dans l'*International Emergency Economic Powers Act* (loi sur les pouvoirs économiques internationaux en cas d'urgence, « IEEPA »). L'ordonnance du président Trump en a étendu le champ d'application pour cibler tous les auteurs ou complices d'atteintes graves aux droits humains. L'ordonnance autorise le Secrétaire du Trésor, en étroite concertation avec le Secrétaire d'État et le procureur général, à décider de prendre ou de ne pas prendre des sanctions. Comme pour tous les régimes de sanctions en général, **le Bureau du contrôle des avoirs étrangers (OFAC) du département du Trésor**

⁷⁴ M. A. Weber, E. J. Collins-Chase, "The Global Magnitsky Human Rights Accountability Act", *Congressional Research Service*, (28 octobre 2020), <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10576>, consulté le 9 janvier 2024.

⁷⁵ Administration of Donald J. Trump, "Executive Order 13818 – Blocking the Property of Persons Involved in Serious Human Rights Abuse or Corruption", *US Government Information*, (20 décembre 2017), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201700923/pdf/DCPD-201700923.pdf>, consulté le 9 janvier 2024.

⁷⁶ Donald Trump, « la fréquence et la gravité des atteintes aux droits humains et de la corruption [...] atteignent une telle ampleur qu'elles menacent la stabilité des systèmes politiques et économiques internationaux » et « constituent une menace inhabituelle et exceptionnelle pour la sécurité nationale » in *Ibid*.

administre les sanctions économiques, tandis que le département d'État met en œuvre les interdictions de visas.

Le Dodd-Frank Act de 2010⁷⁷ a été adopté dans le sillage de la crise financière mondiale afin de protéger les consommateurs et les contribuables en accentuant la responsabilité et la transparence du système financier mondial et en limitant ses prises de risques⁷⁸. Son article 619, connu sous le nom de « **règle de Volcker** », interdit aux « entités bancaires »⁷⁹ d'effectuer « des opérations pour compte propre » et d'acquérir ou de conserver des participations dans un fonds spéculatif ou un fonds de placement privé (« fonds couverts »). **La définition large d'une « entité bancaire » établie par la règle de Volcker justifie sa colossale portée territoriale** : elle produit des effets sur les banques américaines et les banques basées aux États-Unis, les enregistrements de dépôts assurés et les holdings bancaires américains ainsi que sur les banques étrangères qui ont une succursale aux États-Unis⁸⁰. De plus, si une banque étrangère détient une filiale aux États-Unis, la règle de Volcker s'applique à chacune de ses filiales où qu'elles soient situées dans le monde. Enfin, si une banque étrangère détient au moins 25 % du capital d'une société qui a des liens avec les États-Unis, la règle s'applique également à cette société⁸¹.

⁷⁷ Également appelé Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.

⁷⁸ “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”, Commodity Futures Trading Commission, (5 janvier 2010), https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_enrolledbill.pdf, consulté le 9 janvier 2024.

⁷⁹ Définies comme i) toute institution de dépôt assurée, ii) toute société qui contrôle une institution de dépôts assurée, (iii) toute organisation bancaire étrangère et (iv) toute société affiliée aux institutions, sociétés et organisations précitées.

⁸⁰ L. Bozhanova, “The Extraterritorial Effects of The Volcker Rule”, *Global Markets Law Journal*, Vol 4. (2016), 1., <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=global-markets>, consulté le 9 janvier 2024.

⁸¹ V. Denoix de Saint Marc, « La Volcker Rule », August Debouzy, (19 décembre 2011), *L'application extraterritoriale de la Volcker Rule aux entités ayant un lien capitalistique avec une entité bancaire américaine*, <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/738-la-volcker-rule>, consulté le 9 janvier 2024.

Cette disposition a été très critiquée en Europe et en Asie. Michel Barnier, Premier ministre français et ancien commissaire européen au marché intérieur et aux Services de 2010 à 2014, a estimé qu'il n'était pas « *acceptable que les règles américaines aient un effet aussi étendu sur les autres nations* »⁸². Erkki Liikanen, président du Groupe d'experts de haut niveau sur la réforme structurelle du secteur bancaire de l'Union européenne, a reproché à la règle de Volcker d'être trop étroite – parce qu'elle cible principalement les opérations pour compte propre – et trop radicale dans ce qu'elle impose en substance sur ces mêmes opérations⁸³. Dans une lettre commune adressée le 28 décembre 2011 aux autorités américaines, la Banque du Japon et l'autorité de régulation des services financiers du Japon ont déploré les restrictions imposées à la négociation d'obligations souveraines étrangères, en ce qu'elles « *imposeraient une charge significative et des coûts plus élevés aux banques étrangères, y compris de grandes entreprises japonaises* »⁸⁴.

La première administration Trump a proposé de revenir sur certaines restrictions imposées par le *Dodd-Frank Act*, et notamment sa portée extraterritoriale. En 2018, le Congrès républicain a voté l'***Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act*** (loi de soutien à la croissance économique, d'allègement réglementaire et de protection du consommateur) avec le soutien de certains démocrates. La réforme conservait le cadre du *Dodd-Frank Act* mais limitait sa portée. Le projet de loi réhaussait en particulier le seuil des tests de résistance de 50 à 250 milliards de dollars et exonérait de nombreuses banques de petite et moyenne taille des obligations déclaratives⁸⁵.

⁸² Proposition du commissaire Barnier sur la situation économique de l'Europe, initialement publiée sur le site de la Commission européenne en 2012, "Voorstellen eurocommissaris Barnier om economische situatie Europa aan te pakken", Parlement.com, (23 février 2012), https://www.parlement.com/id/vix8mpghdxzw/nieuws/voorstellen_eurocommissaris_barnier_om, consulté le 11 janvier 2024.

⁸³ E. Liikanen, "High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector Final Report", Commission européenne (2 octobre 2012), https://finance.ec.europa.eu/publications/liikanen-report_en, consulté le 9 janvier 2024.

⁸⁴ F. Guerrero, T. Corrigan, S. Nixon, "EU Plans Complaint on 'Volcker Rule'", *The Wall Street Journal*, (27 janvier 2012), para. 9, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970204573704577185100193763384>, consulté le 9 janvier 2024.

2.5. FRAUDE FISCALE

Les États-Unis appliquent également leurs lois fiscales à l'étranger. Le **Foreign Account Tax Compliance Act** de 2012 (loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers, « FATCA ») est une loi fédérale qui vise les personnes américaines détenant des avoirs sur des comptes étrangers⁸⁶. Elle s'applique aux personnes physiques et à un large éventail d'établissements financiers (banques, fonds d'investissement, gérants d'actifs, compagnies d'assurance vie) ayant des liens avec les États-Unis. Les contribuables américains doivent déposer une déclaration d'impôts annuelle auprès de l'Internal Revenue Service (IRS), l'administration fiscale fédérale chargée de la collecte des impôts fédéraux. La Commission fédérale du commerce (*Federal Trade Commission*, « FTC ») fait appliquer le FATCA et conduit des audits d'agences de crédit et d'établissements financiers⁸⁷.

Comme l'établit un rapport de 2018 commandé par la Direction des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen⁸⁸, le FATCA a suscité de vives critiques. Ce rapport mentionne les effets négatifs de cette loi pour ceux que l'on appelle les « Américains occidentels » (citoyens ou résidents fiscaux d'États membres de l'Union européenne ayant la citoyenneté américaine). Ces derniers peinent notamment à ouvrir des comptes bancaires dans les établissements

⁸⁵ N. Berman, "What Is the Dodd-Frank Act?", Council on Foreign Relations, (mai 2023), <https://www.cfr.org/background/what-dodd-frank-act>, consulté le 22 mars 2024.

⁸⁶ "What is FATCA?", US Tax Financial Services, <https://www.ustaxfs.com/fatca/>, consulté le 9 janvier 2024.

⁸⁷ US Federal Trade Commission, *FTC Issues Final Rules on FACTA Identity Theft Definitions, Active Duty Alert Duration, and Appropriate Proof of Identity* [Communiqué de presse], (29 octobre 2004), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2004/10/ftc-issues-final-rules-facta-identity-theft-definitions-active-duty-alert-duration-appropriate-proof>, consulté le 9 janvier 2024.

⁸⁸ C. Garbarino, « La loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers et son application aux niveaux international et européen », Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, (14 mai 2018), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2018\)604967](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2018)604967), consulté le 9 janvier 2024.

financiers européens en raison des coûts liés au FATCA⁸⁹ et de la complexité des règles de conformité américaines. En France, l'Association des Américains Accidentels (AAA), basée à Paris, a récemment porté plainte contre le département d'État américain⁹⁰. De nombreux Américains, et surtout ceux qui vivent à l'étranger, se sont également opposés au FATCA.

2.6. COLLECTE DE DONNÉES ET RENSEIGNEMENT

Dans sa législation américaine relative à la sécurité nationale, les États-Unis prévoient également des dispositions extraterritoriales en matière de collecte et traitement de données enregistrées aux États-Unis mais aussi, et ce de manière exponentielle, à l'étranger. Ces dispositions sont les suivantes :

- Le ***Foreign Intelligence Surveillance Act*** de 1978 (loi de surveillance du renseignement étranger, FISA), amendé en 2008, institue la Cour FISA comme autorité compétente pour permettre au gouvernement américain de surveiller les « cibles étrangères » (terroristes ou espions) aux États-Unis et ailleurs considérées comme une menace pour la sécurité nationale des États-Unis. En 2008, le Congrès a étendu ces dispositions extraterritoriales⁹¹ pour autoriser le gouvernement à cibler quasiment toute personne à l'étranger, et à recueillir ses courriers électroniques et SMS sans avoir besoin de l'ordonnance spéciale d'un tribunal, comme préalablement requis⁹². Le rôle de la Cour FISA se borne aujourd'hui à approuver les procédures de surveillance générales, qui sont revues chaque

⁸⁹ *Ibid.*, 6.

⁹⁰ Association des Américains Accidentels, <https://www.americains-accidentels.fr/page/222256-qui-sommes-nous>, consulté le 9 janvier 2024.

⁹¹ "FISA Section 702 Overview", Director of National Intelligence, US Government, <https://www.dni.gov/files/icotr/Section702-Basics-Infographic.pdf>, consulté le 9 janvier 2024.

année⁹³. La loi FISA est appliquée par plusieurs agences fédérales, dont le FBI et l'Agence pour la sécurité nationale du département de la Justice.

- **Le USA PATRIOT Act**, de 2001, signé à la suite du 11 septembre et modifié en 2005, contient des dispositions relatives à la surveillance de la sécurité nationale et au renseignement⁹⁴. La modification de 2005 a facilité le gel des avoirs des personnes physiques et morales soupçonnées de terrorisme en vertu de l'*International Emergency Economic Powers Act* (loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale, « IEEPA »). Les tribunaux américains peuvent demander aux entreprises étrangères de transmettre leurs données aux autorités policières américaines dans le cadre d'une enquête a fortiori lorsque ces entreprises sont basées dans des États signataires d'un traité d'entraide judiciaire avec les États-Unis, comme c'est le cas de la France. L'application du *PATRIOT Act* ne relève pas d'une agence spécifique : il octroie ainsi un large pouvoir à plusieurs agences gouvernementales et fédérales américaines, du département de la Défense aux autorités policières locales (officiers de police, agents du FBI, procureurs fédéraux et agents du renseignement de la NSA et de la CIA).
- **Le Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act** de 2018 (loi de clarification sur l'utilisation légale de données à l'étranger, « *CLOUD Act* »), qui remplace le *Stored Communications Act* de 1986 (loi sur les communications enregistrées, « *SCA* »), est une loi dont l'application extraterritoriale vise à protéger « la sécurité nationale, les intérêts

⁹² E. Goitein, "The Coming Fight Over American Surveillance", *Foreign Affairs*, (6 juin 2023), para. 16, <https://www.foreignaffairs.com/united-states/coming-fight-over-american-surveillance>, consulté le 9 janvier 2024.

⁹³ *Ibid.*, para. 12.

⁹⁴ "Surveillance Under the USA/PATRIOT Act", *The American Civil Liberties Union*. (23 octobre 2001), <https://www.aclu.org/documents/surveillance-under-usapatriot-act>, consulté le 9 janvier 2024.

judiciaires ou budgétaires » du pays⁹⁵. La loi se compose de deux volets :

- Le premier volet précise les cas dans lesquels les services du maintien de l'ordre américain peuvent demander des données détenues par des fournisseurs de services américains à l'étranger. Cela permet au gouvernement américain d'accéder à des communications électroniques (courriers électroniques, SMS) ainsi qu'à leurs métadonnées (date du message et coordonnées des destinataires)⁹⁶. Conformément à la loi, les prestataires de services doivent répondre aux demandes du gouvernement américain et fournir les informations nécessaires.
- Le second volet autorise les États-Unis à conclure des accords avec des États pour faciliter le partage des données. Dans la pratique, les autorités américaines ont le droit de réclamer des données enregistrées sur des serveurs dans ces États (et, réciproquement, de communiquer des données enregistrées sur des serveurs américains). À ce jour, les États-Unis ont conclu des accords avec le Royaume-Uni et l'Australie, et seraient en cours de négociation avec le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Union Européenne⁹⁷. Selon le *Home Office* britannique, ce second volet permettrait d'accélérer la procédure du traité d'entraide judiciaire et le transfert de données à l'international⁹⁸.

⁹⁵ F. Godement, V. Zhu, "Cross-Border Data Flows: The Choices for Europe", Institut Montaigne, (avril 2023), 15, [https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/Institut%20Montaigne actionnote cross-border data flows the choices for europe 0.pdf](https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/Institut%20Montaigne%20actionnote%20cross-border%20data%20flows%20the%20choices%20for%20europe%200.pdf), consulté le 9 janvier 2024.

⁹⁶ E. Lostri, "The CLOUD Act", CSIS, (2 octobre 2020), <https://www.csis.org/blogs/strategic-technologies-blog/cloud-act>, consulté le 9 janvier 2024.

⁹⁷ F. Godement, V. Zhu, "Cross-Border Data Flows", p. 35.

⁹⁸ "Policy factsheet on the UK-US Data Access Agreement", UK Home Office, (21 juillet 2022), <https://www.gov.uk/government/publications/uk-us-data-access-agreement-factsheet/policy-factsheet-on-the-uk-us-data-access-agreement>, consulté le 9 janvier 2024.

S'il existe un certain nombre de garde-fous pour empêcher les services judiciaires d'abuser de ce droit⁹⁹, plusieurs États ont exprimé des préoccupations à l'égard de ces réglementations sur le partage des données, soupçonnées de servir d'instrument d'espionnage généralisé (notamment d'espionnage industriel pour conserver un avantage économique) et d'atteinte à la vie privée par les États-Unis. Comme l'expliquent les spécialistes de l'Institut Montaigne François Godement et Viviana Zhu¹⁰⁰, l'article 702 du FISA, l'Ordonnance exécutive 12333 de 1981 ainsi que le CLOUD Act facilitent la collecte et l'utilisation étendue des renseignements en provenance de réseaux étrangers. Le 12 avril 2024, la Chambre des représentants a prolongé l'article 702 du FISA pour deux ans seulement, plutôt que cinq, ce qui représente une défaite majeure pour les défenseurs du droit au respect de la vie privée et certains Républicains, Donald Trump compris, favorables à l'édition de mandats pour éviter les abus et les recherches clandestines (« *backdoor searches* »), dont il pensait à tort que certaines avaient été utilisées contre lui par l'administration Biden¹⁰¹.

Face à ces dispositions, les États membres de l'UE ont vivement manifesté leurs inquiétudes. Depuis les révélations d'Edward Snowden concernant la NSA en 2013, les Européens se montrent méfiants à l'égard du traitement des données européennes par les États-Unis¹⁰² et estiment que

⁹⁹ Par exemple, une ordonnance en vertu du Stored Communications Act (loi sur les communications enregistrées, « SCA ») ne sera exécutée que si les autorités américaines peuvent démontrer que cette infraction précise a été commise et que les informations recherchées sont utiles pour l'enquête pénale en cours. Les prestataires de services ont également le droit de contester ces ordonnances en vertu du SCA lorsqu'elles sont en conflit avec leurs lois internes (H.R.4943 - CLOUD Act - 115th Congress (2017-2018)).

¹⁰⁰ F. Godement, V. Zhu, "Cross-Border Data Flows", p. 15.

¹⁰¹ "CDT Issue Brief: Debunking Myths & Fixing FISA §702 Backdoor Search Loophole", Center for Democracy & Technology, (10 janvier 2024), <https://cdt.org/insights/cdt-issue-brief-debunking-myths-fixing-fisa-s702-backdoor-search-loophole/>, consulté le 22 mars 2024.

¹⁰² Edward Snowden, ancien employé de la CIA et de la NSA a révélé que la NSA plaçait les téléphones des Américains sur écoute et collectait leurs données en masse - c'est-à-dire qu'elle espionnait - même en l'absence de risque identifié pour la sécurité. Il a également prétendu que la NSA avait ciblé des gouvernements et des entreprises de l'UE dans le cadre de ses activités d'espionnage. E. Snowden, *Permanent Record* (McMillan, 2019).

l'approche américaine contrevient aux lois de l'UE sur le respect de la vie privée et la protection des données. Les États européens, mais aussi des États comme la Chine, enjoignent de plus en plus à leurs entreprises d'enregistrer les données de leurs ressortissants sur des serveurs nationaux. En 2021, le gouvernement français a encouragé la création d'un Cloud de confiance¹⁰³, un cloud français pour enregistrer les données sensibles. L'initiative Gaia-X, issue d'une proposition franco-allemande de 2019, a été lancée en vue de créer une infrastructure européenne commune de données et de cloud. Cependant, la **migration des données des serveurs américains sur les serveurs européens s'avère plus difficile que prévu.**

Encadré n° 4 : 80 % des données en Europe sont enregistrées sur des serveurs non-européens

Aujourd'hui, plus de 80 % des données européennes sont hébergées sur du cloud par des prestataires de services informatiques non-européens, et dont la grande majorité sont américains. Amazon Web Services (AWS), Microsoft Azure et Google Cloud captent à eux seuls plus des deux-tiers du marché européen¹⁰⁴, ce qui facilite l'accès à ces données par les États-Unis en vertu du *CLOUD Act*.

Comme le fait justement remarquer un rapport¹⁰⁵ de l'Institut Montaigne, les gouvernements procèdent différemment pour

¹⁰³ P. Roche-Bruyn, *Entre mesures extraterritoriales et lois de blocages*.

¹⁰⁴ F. Verzelen, « La présidence française de l'Union européenne, une opportunité unique pour l'Europe du digital », *L'Usine nouvelle*, (16 janvier 2022), para. 4, <https://www.usinenouvelle.com/article/avis-d-expert-la-presidence-francaise-de-l-union-europeenne-une-opportunit-e-unique-pour-l-europe-du-digital.N1175557>, consulté le 9 janvier 2024.

¹⁰⁵ F. Godement, V. Zhu, *Cross-Border Data Flows*.

accéder aux données, les enregistrer, les partager et les exploiter. Dans son Livre Blanc de 2019, le département de la Justice américain a vanté les mérites du *CLOUD Act* pour les gouvernements étrangers¹⁰⁶. Conclure un accord de partage de données avec les États-Unis permettrait par exemple d'accéder plus rapidement et plus largement aux données étrangères hébergées aux États-Unis, dans le cadre d'enquêtes pénales.

Dans le même temps, plusieurs États tentent de conclure des accords avec les États-Unis sur le respect de la vie privée afin de gérer les flux de données transfrontières. Après des années de discussions, la Commission européenne a finalement adopté en juillet 2023 une décision d'adéquation certifiant que les États-Unis octroient aux données personnelles européennes un niveau de protection équivalent à celui garanti par l'UE¹⁰⁷. Cette décision, qui s'inscrit dans le Cadre de protection des données UE-États-Unis (*EU-US Data Privacy Framework*) conclu en mars 2022, fournit une base légale aux transferts de données personnelles des États membres de l'UE vers les États-Unis¹⁰⁸. L'accord donne aux Européens la possibilité de former un recours lorsqu'ils pensent que leurs informations personnelles ont été impunément collectées par des services de renseignement américains¹⁰⁹. En septembre 2023, la France a été le premier pays à user de ce nouveau moyen juridique et à former

¹⁰⁶ «*The Purpose and Impact of the CLOUD Act*», département de la Justice américain, (avril 2019), https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2019/04/10/doj_cloud_act_white_paper_2019_04_10.pdf, consulté le 9 janvier 2024.

¹⁰⁷ «*Questions et réponses : Cadre de protection des données UE – États-Unis*», Commission européenne, (10 juillet 2023), 1. *Qu'est-ce qu'une décision d'adéquation ?*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3752, consulté le 9 janvier 2024.

¹⁰⁸ Département de la Justice américain, Bureau des affaires publiques, *Justice Department Statement on the European Union's Adoption of Trans-Atlantic Data Privacy Framework* [Communiqué de presse], (10 juillet 2023), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-statement-european-unions-adoption-trans-atlantic-data-privacy-framework>, consulté le 9 jan. 2024.

un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne. Dans sa déclaration, le député Philippe Latombe a fait valoir que l'accord « viole la Charte des droits fondamentaux de l'Union en raison des garanties insuffisantes de respect de la vie privée et familiale concernant la collecte en masse des données personnelles et des règles du RGPD »¹⁰⁹. Il paraît ainsi fort probable que le cadre de protection des données UE - États-Unis soit couplé à des accords bilatéraux entre les États-Unis et certains États membres de l'UE.

2.7. EN PRATIQUE : LA PHASE PRÉJUDICIAIRE DE « DISCOVERY »

Aux États-Unis, dans le cadre de poursuites judiciaires, la procédure de *discovery* désigne la phase antérieure au procès. Au cours de cette phase, les différentes parties prenantes peuvent récupérer et échanger des preuves¹¹¹. Il s'agit là d'une procédure extrêmement intrusive, dans la mesure où les tribunaux américains peuvent demander à des parties non-américaines – personnes physiques, morales et même gouvernements – de transmettre des informations et documents, comme le prévoient la plupart des lois mentionnées dans ce rapport¹¹².

¹⁰⁹ Toute plainte soumise à une autorité nationale au sein de l'Espace économique européen (EEE) est transmise au Responsable de la protection des libertés civiles américain, dont le rôle est de garantir le respect des droits fondamentaux par les administrations américaines. Si la personne physique conteste la décision, elle peut former un recours auprès d'un organe de contrôle indépendant, la Cour chargée du contrôle de la protection des données (le Data Protection Review Court, "DPRC") – composée de membres extérieurs au gouvernement américain nommés sur la base de leurs qualifications et qui instruira les recours européens. Commission européenne, Questions et réponses : cadre de protection des données UE – États-Unis.

¹¹⁰ L. Kayali, "French lawmaker challenges transatlantic data deal before EU court", Politico, (7 septembre 2023), para. 4, <https://www.politico.eu/article/french-lawmaker-challenges-transatlantic-data-deal-before-eu-court/>, consulté le 9 janvier 2024.

¹¹¹ "How Courts Work: Discovery", American Bar Association, (28 novembre 2021), https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery/, consulté le 9 janvier 2024.

¹¹² L. Cohen Tanugi, "The Extraterritorial Application Of American Law: Myths And Realities", (février 2015), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2576678>, consulté le 9 janvier 2024.

Et la plupart du temps, les demandes du juge sont directement adressées aux entreprises, sans passer par la voie diplomatique. Depuis le *Helms-Burton Act* de 1996 et la condamnation d'entités étrangères soupçonnées de trafic de biens de ressortissants américains expropriés par Cuba, il est parfois plus aisé pour les tribunaux américains de poursuivre des personnes ou des entreprises étrangères, y compris européennes. **En outre, plusieurs États étrangers craignent les risques considérables que cette procédure fait peser sur leurs entreprises : celles-ci n'ont aucune assurance que les autres parties aux litiges n'exploitent les contentieux pour obtenir des informations confidentielles et sensibles sur leurs activités**¹¹³.

En mars 2023, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a remis en cause la compatibilité de la compétence extraterritoriale des États-Unis avec les normes internationales en matière de droits de l'homme, et notamment la liberté de déplacement et le droit à un procès équitable. Au sujet des réglementations américaines sur la collecte de données, **la France figure parmi les critiques les plus virulentes de ces lois**, comme en témoigne la commande par Édouard Philippe, ancien Premier ministre, d'un rapport parlementaire – le Rapport Gauvain¹¹⁴ – afin d'examiner les effets des normes et de la compétence extraterritoriale des États-Unis sur les entreprises françaises.

Depuis quelques années, des parties non-américaines commencent à invoquer dans leur plaidoirie les lois de protection des données étrangères pour résister à la procédure de *discovery*. À ce titre, les entreprises européennes renvoient généralement au règlement général sur

¹¹³ A. Giuliani, « Au-delà de l'extraterritorialité européenne, pour une intelligence du droit et de la « compliance » au service de la souveraineté », Fondation Robert Schuman, (30 janvier 2023) 2/5 <https://www.robert-schuman.eu/questions-d-europe/0654-au-dela-de-l-extraterritorialite-europeenne-pour-une-intelligence-du-droit-et-de-la-compliance-au>, consulté le 9 décembre 2023.

¹¹⁴ R. Gauvain et al., « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesure à portée extraterritoriale », *Vie Publique*, (26 juin 2019), 11., <https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/194000532.pdf>, consulté le 11 décembre 2023.

la protection des données (RGPD)¹¹⁵. Notons au passage que le RGPD a également servi à condamner des entreprises américaines qui enfreignaient les règles européennes relatives au respect de la vie privée. En mai 2023, le groupe Meta (l'un des géants multinationaux et américains du numérique) a ainsi été condamné à une amende record de 1,2 milliard d'euros pour avoir transféré des données Facebook d'utilisateurs européens aux autorités américaines¹¹⁶. Cette application extraterritoriale du RGPD a par ailleurs été critiquée par la Chine et les États-Unis, jugeant les mesures exagérément restrictives et contraignantes pour leurs géants de la Tech.

3 Face à la non-conformité, deux issues : les sanctions et les menaces d'exclusion

Compte-tenu de la prodigalité des normes extraterritoriales, le risque pour une entreprise d'en enfreindre ne serait-ce qu'une, et par inadvertance, est élevé. Ces dernières années, les États-Unis ont condamné des entreprises étrangères, notamment européennes, à des milliards de dollars d'amendes pour non-respect de leur régime de sanctions. **Pour les entreprises, l'insécurité juridique est immense, et aucun détail ne peut être négligé** : elles doivent désormais connaître la composition exacte de leurs produits, la/les localité(s) dans lesquels chacun est fabriqué, qui les achète et avec qui ils sont partagés.

¹¹⁵ I. (Wuerth) Brunk, "Foreign Data Protection Laws: Greater Impact on U.S. Discovery than Foreign Blocking Statutes", *Transnational Litigation Blog*, (25 octobre 2022), *Foreign Data Protection Laws*, <https://tblog.org/foreign-data-protection-laws-greater-impact-on-u-s-discovery-than-foreign-blocking-statutes/>, consulté le 9 janvier 2024.

¹¹⁶ A. Satariano, "Meta Fined \$1.3 Billion for Violating E.U. Data Privacy Rules", *The New York Times*, (22 mai 2023), <https://www.nytimes.com/2023/05/22/business/meta-facebook-eu-privacy-fine.html>, consulté le 9 janvier 2024.

Comme évoqué précédemment (partie I, p. 22), la raison pour laquelle les États-Unis parviennent à atteindre autant d'entreprises étrangères – jusqu'à celles qui n'ont aucune activité aux États-Unis – est la définition très large donnée dans sa jurisprudence au « lien de rattachement » motif qui suffit à jauger de la légalité ou d'illégalité d'application extraterritoriale d'une norme. Les cas d'usage suivants ont pu ainsi servir de motif pour légitimer l'extraterritorialité américaine :

- **Effectuer des transactions en dollars et recourir aux services de banques américaines ou basées aux États-Unis** : toute personne physique ou morale utilisant le dollar comme monnaie d'échange peut être visée par des normes extraterritoriales américaines.
- **Être coté à la bourse de New York (*New York Stock Exchange, NYSE*)** : toute société cotée au NYSE peut être visée avec ses filiales, quand bien même elles seraient implantées hors du territoire américain.
- **L'utilisation de serveurs appartenant aux États-Unis** : l'enregistrement de données sur des serveurs aux États-Unis lie de fait les usagers de ces serveurs aux réglementations américaines. Il en va de même pour toute donnée transitant par des plateformes américaines (système bancaire, marché boursier, serveurs...).
- **Exportation de technologies d'origine américaine** : les États-Unis soumettent à l'*Export Administration Regulation* (règlement sur l'administration des exportations, « EAR ») certains articles fabriqués à l'étranger mais dont la production a pu utiliser des technologies, logiciels ou équipements américains, quand bien même ils n'hébergent aucun contenu américain et que leur commercialisation s'effectue en dehors des États-Unis. Les produits exemptés d'un tel contrôle extraterritorial sont énumérés dans la liste de contrôle du commerce (*Commerce Control List, CCL*) de l'EAR.

Si les différents contrôles des exportations par les États-Unis sont en premier lieu des mesures de protection de la sécurité nationale (comme évoqué p. 17), étant donné l'ampleur du marché américain

et le rôle du dollar dans le monde, ces contrôles sont un vecteur majeur de projection de leur puissance. Pour nombre d'entreprises, l'accès aux systèmes bancaires et à la compensation en dollars des États-Unis revêt une importance vitale, telle qu'elles préfèrent souvent plaider coupables, même lorsqu'elles sont persuadées de leur innocence. Il arrive parfois que les autorités américaines n'aient pas besoin d'engager de procédure : la seule perspective d'être exclue du marché américain suffit à ce qu'une entreprise cesse ses activités. De plus, la menace de perdre l'accès au marché financier américain l'emporte-t-elle fréquemment sur les bénéfices potentiels du commerce avec des États considérés comme hostiles (tels que l'Iran). Cette crainte se traduit, chez les entreprises non-américaines, par une conformité accrue, voire une sur-conformité.

Et pour cause : les conséquences du non-respect des dispositions américaines (ou de non-conformité) sont particulièrement lourdes :

- **Sanctions civiles et pénales :** les violations des sanctions et du contrôle des exportations peuvent engendrer des amendes allant jusqu'à 1 million de dollars par infraction, des procédures judiciaires coûteuses, voire des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 20 ans de réclusion¹¹⁷.
- **Exclusion du marché et du système économique américains :** interdiction des importations en provenance des États-Unis et des exportations vers les États-Unis, perte de la présence économique américaine ou impossibilité de contractualiser aux États-Unis (ce qui peut notamment affecter la valeur actionnariale d'une entreprise), interdiction de voyager, voire ajout d'une personne physique ou morale à la liste des SDN.
- **Exclusion du système financier américain :** l'impossibilité de toucher des versements en dollars est, pour reprendre le spécialiste des

¹¹⁷ "What are Primary & Secondary Sanctions?", *Comply Advantage, Who Must Comply with Primary Sanctions?*, <https://complyadvantage.com/insights/primary-secondary-sanctions/>, consulté le 9 janvier 2024.

sanctions Sascha Lohmann, « l'équivalent, à Wall Street, de la peine de mort »¹¹⁸.

- **Atteinte à la réputation** : toute transgression aux contrôles sur les exportations ou aux sanctions américaines est publiquement déclarée comme une menace directe à la sécurité nationale, ce qui peut gravement attenter à la réputation des marques et des individus.
- **Restructuration des entreprises ou réduction des effectifs** : pour respecter les exigences réglementaires¹¹⁹ et assurer leur conformité sur le long terme avec les obligations de conformité américaines, les entreprises peuvent être contraintes de restructurer leurs activités (cf. Encadré n° 5, p. 65).
- **Espionnage** : lorsqu'une entreprise est accusée d'être en infraction à la loi, les autorités américaines peuvent, pour le bien fondé de leur enquête, lui réclamer des informations à caractère sensible sur ses activités, tels que des modèles industriels et des contrats. S'il existe un certain nombre de garde-fous pour contrecarrer une telle pratique abusive par les forces de police américaines, certains États accusent les États-Unis de recourir à l'espionnage pour conserver une position hégémonique sur certains marchés, au détriment de la concurrence étrangère (cf. Encadré 5 en page suivante).

¹¹⁸ S. Lohman, *Extraterritorial U.S. Sanctions*, 4.

¹¹⁹ *La contractualisation des obligations éthiques et de conformité peut être désormais imposée aux clients ou aux partenaires de n'importe quelle entreprise. Celles-ci présentent d'autres risques juridiques, et toute infraction à ces obligations peut aboutir à la résiliation d'un contrat en cours.*

Encadré n° 5 : les risques et dérives du non-respect des normes extraterritoriales pour les entreprises européennes

Restructuration – le cas d’Alstom

En 2014, Alstom (groupe français spécialisé dans l’énergie et les transports), accusé de faits de corruption à l’étranger, a accepté de conclure un accord avec le département de la Justice américain et de payer une amende de 772 millions de dollars – l’une des plus importantes jamais enregistrées dans une affaire de corruption à l’étranger. Les autorités américaines soupçonnaient le groupe français d’avoir versé des pots-de-vin en Égypte, en Arabie Saoudite, aux Bahamas, à Taiwan et en Indonésie, pour une valeur totale de plus de 75 millions de dollars¹²⁰. Après avoir plaidé coupable en 2014, l’entreprise a accepté de vendre 70 % de ses activités dans l’énergie et les réseaux électriques à General Electric (GE) pour 13,6 milliards de dollars. Cette affaire a sans surprise suscité quelques interrogations autour des modes d’action et motifs véritables des États-Unis dans cette procédure. Pour certains, les autorités américaines auraient facilité le rachat d’une partie des activités d’Alstom à la faveur des intérêts commerciaux d’une entreprise américaine (GE). Ce rachat aura en tout cas mis un terme au projet préalablement évoqué de fusion entre Alstom et la Shanghai Electric Company¹²¹.

Transmission de dossiers sensibles – le cas d’Airbus

Lorsque qu’Airbus, géant européen de l’aérospatiale, a été jugé coupable en 2020 d’avoir violé plusieurs lois américaines sur la corruption et le contrôle des exportations, le département de la Justice et le département d’État américains lui ont ordonné de transférer des millions de documents dans le cadre de la procédure judiciaire¹²².

4 L'avenir de l'extraterritorialité des lois américaines : une arme à double tranchant ?

Au cours de ces dernières années, les États-Unis ont progressivement adopté une définition plus large de la sécurité nationale pour y inscrire comme nécessité première celle de protéger ses intérêts économiques et géo-économiques. **Washington perçoit aujourd'hui les normes extraterritoriales comme un instrument efficace pour protéger ces intérêts autant que pour contrecarrer tout avancement à l'étranger – sur les plans militaire, technologique ou civil – qui serait susceptible d'ébranler sa sécurité nationale.** Les présidents Obama, Trump et Biden ont tous successivement exploité l'extraterritorialité des normes à cette fin, quoique la première administration Trump ait restreint le champ d'application des normes financières, tout comme le rôle de l'État dans le contrôle de leur application. **L'utilisation de l'extraterritorialité américaine est vouée à croître invariablement. Ce levier aux mains des Américains pourrait devenir un instrument de plus en plus robuste afin de contenir la montée en puissance de la Chine,** avec les conséquences inévitables que cela comporte pour les entreprises américaines, comme européennes, exportant vers la Chine.

¹²⁰ Département de la Justice américain, *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million* [Communiqué de presse], (22 décembre 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>, consulté le 9 janvier 2024.

¹²¹ "Former exec of French firm Alstom: Yesterday Alstom, today Huawei, and tomorrow?", *The Straits Times*, (29 mai 2019), para. 7, <https://www.straitstimes.com/asia/east-asia/former-exec-of-french-firm-alstom-yesterday-alstom-today-huawei-and-tomorrow>, consulté le 9 janvier 2024.

¹²² Cette affaire a commencé en 2016, lorsque la société a déclaré des irrégularités dans les paiements effectués à des conseils tiers. Il s'agissait d'une violation du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) et de l'AECA (Arms Export Control Act) et de son règlement d'application, l'ITAR (International Traffic in Arms Regulation).

Les États-Unis considèrent que les incursions de la Chine dans les technologies émergentes représentent un risque pour la sécurité nationale américaine¹²³, raison pour laquelle elle en a redéfini le concept pour y intégrer cette nouvelle réalité géopolitique. Les contrôles à l'exportation sont devenus un instrument clé de la politique étrangère – les deux administrations Trump et Biden ajoutant davantage d'entités sur les listes de restrictions d'exportations. Comme rappelé précédemment (cf. partie II), les États-Unis et la Chine ont convenu en août 2023 de consacrer – *via* les canaux de communication officiels – des temps d'échanges réguliers autour des problématiques commerciales et des différentes restrictions en matière d'exportations technologiques, pour tenter de désamorcer les tensions commerciales¹²⁴. Cela n'a pas empêché les États-Unis de renforcer leurs contrôles sur les exportations afin de réduire la capacité de la Chine à poursuivre sa stratégie de fusion civilo-militaire.

Quelles conséquences pour l'Europe ?

Dans bien des cas, l'usage de l'extraterritorialité américaine s'est avéré capital pour préserver les intérêts des États-Unis autant que ceux de leurs alliés. Mais leur usage extensif a également semé la discorde dans les relations transatlantiques¹²⁵. En août 2023, la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale française, sous la direction de Christophe Weissberg et Thibault François, a même enjoint au Parlement français et au département du Trésor américain de suivre

¹²³ "Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan at the SCSP Global Emerging Technologies Summit", The White House, (16 septembre 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/09/16/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-at-the-special-competitive-studies-project-global-emerging-technologies-summit/>, consulté le 10 janvier 2024.

¹²⁴ A. Swanson, K. Bradsher, "U.S. and China Agree to Broaden Talks in Bid to Ease Tensions", *The New York Times*, (28 août 2023), <https://www.nytimes.com/2023/08/28/business/economy/united-states-china-trade-talks-raimondo.html>, consulté le 10 janvier 2024.

¹²⁵ S. Erlanger, "Europe Struggles to Defend Itself Against a Weaponized Dollar", *The New York Times*, (12 mars 2021), <https://www.nytimes.com/2021/03/12/world/europe/europe-us-sanctions.html>, consulté le 10 janvier 2024.

davantage l'impact des sanctions internationales sur les entreprises françaises¹²⁶.

Coopérer autour des usages bénéfiques de l'extraterritorialité des lois américaines tout en endiguant ses excès délétères ne cessera de préoccuper les États membres de l'UE. Certes, l'UE commence progressivement à adopter de premières mesures extraterritoriales, comme nous le soulignons dans notre note d'enjeux « *Extraterritorialité : angle mort de la sécurité économique européenne* »¹²⁷ : des mesures défensives, en réaction aux lois extraterritoriales de pays tiers, comme le règlement de blocage européen; et des mesures de sa propre initiative, plus offensives, notamment dans le domaine du numérique (RGPD, DMA, DSA et règlement sur l'IA). **Cependant, leur efficacité reste limitée et l'UE a surtout besoin de concevoir une nouvelle stratégie pour coopérer avec les États-Unis sur des lois extraterritoriales servant des intérêts convergents avec ceux des États membres (par exemple, lors de la prise de sanctions contre la Russie après l'invasion de l'Ukraine), tout en étant capable de faire entendre sa voix et de résister dans les cas où l'extraterritorialité des États-Unis est abusive ou contraire aux intérêts européens.**

Les États-Unis aussi ont intérêt à parler d'extraterritorialité avec l'UE.

Comme nous l'avons vu, la guerre en Ukraine a révélé les limites des régimes de sanctions extraterritoriales, même américaines. Les États-Unis ont travaillé en collaboration étroite avec leurs partenaires du G7 afin d'adopter un régime de sanctions robuste contre la Russie. Pourtant, Moscou a pu absorber une partie de ses pertes en développant un marché économique en vase clos avec Téhéran et Beijing. Les entreprises russes ont substitué le renminbi au dollar pour les transactions

¹²⁶ Bulletin Quotidien, édition du 30 août 2023.

¹²⁷ L. Chetcuti, C. Vidotto Labastie et G. Wright, « *Extraterritorialité : angle mort de la sécurité économique européenne* », Institut Montaigne, (janvier 2024), <https://www.institutmontaigne.org/publications/lextraterritorialite-angle-mort-de-la-securite-economique-europeenne>, consulté le 20 mars 2024.

internationales. Elles ont trouvé de nouveaux marchés pour vendre leurs produits, mais aussi auprès desquels s'approvisionner en produits occidentaux à haute valeur ajoutée tels que les véhicules électriques et les puces électroniques, soumis aux différents trains de sanctions. La seule manière d'empêcher une telle situation est de joindre les forces des États-Unis et de ceux qui partagent le même état d'esprit, UE comprise, pour travailler de concert sur les normes extraterritoriales. Washington sait aussi que les États-Unis seuls ne pourront empêcher la Chine d'atteindre l'hégémonie technologique : ils ont besoin pour cela de l'alignement de leurs alliés.

Et ce d'autant plus que l'usage actuel de l'extraterritorialité américaine ne fait pas consensus aux États-Unis. Des entreprises américaines ont été contraintes à quitter certains marchés sous la pression des sanctions et embargos commerciaux américains, pour laisser finalement leur place à des entreprises étrangères. Quand les États-Unis ont appliqué des sanctions très sévères à Cuba dans les années 1990 et au début des années 2000, des entreprises russes et chinoises n'ont pas tardé à prendre leur place¹²⁸. De la même manière, les normes extraterritoriales américaines tendent à dissuader les entreprises étrangères de collaborer avec les entreprises américaines. Donald Trump lui-même s'est montré très critique vis-à-vis de certaines sanctions américaines, comme le FCPA. Pour lui, elles posent en effet deux risques majeurs à l'économie américaine :

- Affaiblir la position dominante du dollar dans les transactions étrangères. Le simple fait de commercer en dollars est souvent invoqué comme « lien véritable » suffisant pour que les sanctions américaines s'appliquent à une entreprise étrangère. Certaines sont alors tentées de commercer dans d'autres monnaies.
- Rendre les entreprises américaines – et le commerce avec les États-Unis – moins attrayants. Se conformer aux lois américaines est

¹²⁸ S. Blockmans, "Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses", Policy Department for External Relations, European Parliament, (novembre 2020), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/653618/EXPO_STU\(2020\)653618_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/653618/EXPO_STU(2020)653618_EN.pdf), consulté le 11 janvier 2024.

coûteux et complexe. Cela peut désavantager les entreprises américaines par rapport à leurs concurrents internationaux et dissuader les entreprises étrangères de faire des affaires aux États-Unis.

Même s'il n'est pas certain qu'elle embrasse tout le spectre des normes extraterritoriales américaines, la seconde administration Trump continuera d'utiliser l'extraterritorialité. Mais cet instrument peut-être considéré comme un atout, jouable ou non, de la politique étrangère américaine (« *a foreign policy trump card* »). Carte maîtresse entre les mains de Trump, l'extraterritorialité aura selon son utilisation, de bonnes ou mauvaises implications pour l'Europe. L'approche de Trump 2 en matière d'extraterritorialité ressemblera probablement à un jeu d'équilibre entre la nécessité de promouvoir et de défendre les intérêts américains et celle d'éviter les réglementations qui étouffent les exportations américaines et affaiblissent la position dominante du dollar dans les transactions internationales. La seule exception notable est le contrôle des exportations. Il est très probable que la prochaine administration renforce les règles d'exportation, tout en faisant pression sur les pays européens afin qu'ils s'alignent sur les États-Unis. Donald Trump est susceptible d'utiliser tous les leviers à sa disposition pour forcer les pays de l'UE à s'aligner : menacer de réduire la présence militaire américaine en Europe ou imposer de nouveaux droits de douane sur les exportations européennes vers les États-Unis.

La question de l'extraterritorialité est d'une importance fondamentale pour l'Europe. Le débat devrait être normalisé et systématiquement faire partie intégrante de toute discussion transatlantique sur la sécurité économique. La position de l'UE ne sera prise en considération que si elle est en mesure de démontrer qu'elle a saisi les enjeux de l'extraterritorialité américaine et qu'elle a élaboré une stratégie crédible pour y faire face – une stratégie qui s'aligne sur les États-Unis lorsque cela s'avère nécessaire et qui s'y oppose lorsque l'extraterritorialité américaine porte atteinte à ses intérêts fondamentaux.

Cette note d'éclairage, comme notre première note d'enjeux sur l'extraterritorialité publiée en janvier¹²⁹, est le fruit de recherches approfondies et de multiples échanges, comprenant notamment :

- plus de 60 sources primaires et secondaires analysées ;
- plus de 15 entretiens menés avec de hauts responsables des institutions de l'UE, des gouvernements des États membres et des pays tiers ;
- plus de 20 entretiens avec de hauts représentants du secteur privé, du secteur public (Parlements nationaux compris) et du monde universitaire ;
- trois ateliers avec des experts de haut niveau et des entreprises directement confrontées aux mesures extraterritoriales américaines.

Cette note n'aurait pas été possible sans les éclairages et les conseils de nombreuses personnes.

Les auteures remercient les hauts fonctionnaires, les représentants d'entreprises, les experts et les relecteurs externes avec lesquels elles se sont entretenues, et pour le soutien qu'ils leur ont apporté. Les auteures remercient en particulier **Dr. Marie-Pierre de Bailliencourt**, **Dr. Mathieu Duchâtel** et **Cécilia Vidotto Labastie** pour leurs précieux éclairages. Enfin, elles adressent également leurs remerciements à **Énora Morin**, **Lola Carbonell**, **Mélissa Westphal** et **Vera Edwall** pour leur appui tout au long du projet.

¹²⁹ L. Chetcuti, C. Vidotto Labastie et G. Wright, "Extraterritorialité : angle mort de la sécurité économique européenne", Institut Montaigne. (Janvier 2024), <https://www.institutmontaigne.org/en/publications/extraterritoriality-blind-spot-eus-economic-security-strategy>, consultée le 10 janvier 2024.

*L'Institut Montaigne vous propose de contribuer
à la réflexion sur ces enjeux afin d'élaborer
collégalement des propositions au service
de l'intérêt général.*





Institut Montaigne
59 rue La Boétie, 75008 Paris
Tél. +33 (0)1 53 89 05 60
institutmontaigne.org

Imprimé en France
Dépôt légal : décembre 2024
ISSN : 1771-6756

ABB France	Dassault Systèmes	Kea	RATP
AbbVie	Delair	Kearney	Renault
Accenture	Deloitte	KPMG S.A.	Ricol Lasteyrie
Accor	De Pardieu Brocas	Kyndryl	Rivolier
Accuracy	Maffei	La Banque Postale	Roche
Actual Group	Domia Group	La Compagnie	Roche Diagnostics
Adeo	Edenred	Fruitière	Rokos Capital
ADIT	EDF	LCH SA	Management
Air Liquide	EDHEC Business	Lenovo ISG	Rothschild & Co
Airbus	School	Linedata Services	RTE
Allianz	Ekimetrics France	Lloyds Europe	Safran
Amazon	Engie	London Stock	Sanofi
Amber Capital	EQT	Exchange	SAP France
Amundi	ESL & Network	L'Oréal	Schneider Electric
Antidox	Eurogroup	LVMH - Moët-	ServiceNow
Antin Infrastructure	Consulting	Hennessy - Louis	Servier
Partners	FGS Global	Vuitton	SGS
ArchiMed	Forvis Mazars	M.Charraire	SIER Constructeur
Ardian	Getlink	MACSF	SNCF
Arqus	Gide Loyrette Nouel	Média-Participations	SNCF Réseau
Arthur D. Little	Google	Mediobanca	Sodexo
AstraZeneca	Groupama	Mercer	SPVIE
August Debouzy	Groupe Bel	Meridiam	SUEZ
AXA	Groupe M6	Microsoft France	Synergie
A&O Shearman	Groupe Orange	Mitsubishi France	Teneo
Bain & Company	Hameur et Cie	S.A.S	The Boston
France	Henner	Moelis & Company	Consulting Group
Baker & McKenzie	Hitachi Energy	Moody's France	Tilder
BearingPoint	France	Morgan Stanley	Tofane
Bessé	Howden	Natixis	TotalÉnergies
BNP Paribas	HSBC Continental	Natural Grass	TP ICAP
Bolloré	Europe	Naval Group	Transformation
Bouygues	IBM France	Nestlé	Factory
Bristol Myers Squibb	IFPASS	OCIRP	Unicancer
Brousse Vergez	Incyte Biosciences	ODDO BHF	Veolia
Brunswick	France	Oliver Wyman	Verian
Capgemini	Inkarn	Ondra Partners	Verlingue
Capital Group	Institut Mérieux	OPmobility	VINCI
CAREIT	International SOS	Optigestion	Vivendi
Carrefour	Interparfums	Orano	Wakam
Chubb	Intuitive Surgical	PAI Partners	Wavestone
CIS	Ionis Education	Pelham Media	Wendel
Clariane	Group	Pergamon	White & Case
Clifford Chance	iQo	Polytane	Willis Towers Watson
CNP Assurances	ISRP	Publicis	France
Cohen Amir-Aslani	Jeantet Associés	PwC France &	Zurich
Conseil supérieur du notariat	Johnson & Johnson	Maghreb	
D'Angelin & Co.Ltd	Jolt Capital	Qualisocial	
	Katalyse	Raise	

L'extraterritorialité, l'application de lois nationales à l'étranger, s'est fortement développée ces vingt dernières années. Dans un environnement international caractérisé par la compétition stratégique et la faiblesse croissante de la diplomatie multilatérale, les États se tournent vers le droit pour défendre leurs intérêts. Les États-Unis en tête.

L'extraterritorialité américaine a de bons et de mauvais usages. Outil essentiel pour faire respecter le droit international et protéger les intérêts américains, elle permet de sanctionner les États hostiles et de combattre la corruption, le blanchiment d'argent, le crime organisé et le terrorisme. Elle a contribué à réduire les prises de risque excessives des entreprises et été utilisée pour tempérer la rivalité sino-américaine. Mais les États-Unis sont aussi accusés de l'utiliser pour renforcer leur position dominante dans de nombreux marchés.

L'extraterritorialité pourrait-elle être la carte maîtresse des États-Unis ? Lors de son premier mandat, Donald Trump a renforcé les contrôles à l'exportation et étendu les lois sanctionnant les violations des droits de l'homme. Parallèlement, il a levé plusieurs réglementations bancaires et tenté de revenir sur plusieurs lois créant selon lui des entraves administratives inutiles. Il a récemment averti qu'il retirerait toute sanction affaiblissant la position dominante du dollar. Une incertitude majeure demeure : dans quelle mesure pourrait-il utiliser l'extraterritorialité comme moyen de pression sur les pays européens ?

Quoi qu'il arrive, l'Europe se doit d'être prête. Les entreprises qui ne respectent pas les dispositions américaines risquent de lourdes amendes, la saisie par l'État fédéral de données sensibles et l'exclusion du marché américain. Nombre d'entre elles préfèrent se conformer au droit américain plutôt qu'aux mesures européennes destinées à en bloquer l'application. Cela remet directement en question la souveraineté de l'UE et de ses États membres.

Cette note d'éclairage de l'Institut Montaigne offre une analyse approfondie de toutes les dimensions de l'extraterritorialité américaine. **Comprendre les tenants et aboutissants de l'extraterritorialité américaine est crucial pour les gouvernements et les entreprises, et devrait faire partie intégrante de l'approche européenne de sécurité économique.**

10 €

ISSN: 1771-6756

NCL2412-01