

01 | année 01  
sept 2020

# La compliance, une idée européenne ?

# RED



**La Revue Européenne du Droit**

Direction scientifique  
**Pierre Servan-Schreiber**

DOCTRINE  
LE GRAND  
CONTINENT

**D**



**Emmanuel Breen** • Avocat au barreau de Paris, maître de conférences à l'université Paris-Sorbonne, co-directeur du diplôme universitaire « *Compliance officer* » de l'Université Paris 2.

## La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ?

L'internationalisation des échanges, couplée à la dématérialisation des technologies et des flux financiers, ont drastiquement accentué la dilution de la territorialité du droit et favorisé l'avènement de normes dotées d'une large portée extraterritoriale<sup>1</sup>. Extraterritorialité parfois heureuse, lorsqu'un État « champion du droit » obtient en matière de répression des résultats, là où d'autres échouent par manque de moyens ou de volonté. Extraterritorialité souvent fâcheuse, lorsque la répression extraterritoriale semble n'être que l'instrument d'une volonté de puissance économique ou de dévoiements politiques.

En confrontation avec la souveraineté des États, les lois et poursuites extraterritoriales sont souvent américaines, bien que les États-Unis n'en aient pas l'exclusivité. Elles alimentent depuis nombreuses années les débats, notamment à propos des affaires dans lesquelles on peine à apercevoir le lien avec le territoire ou la nationalité de l'État régulateur permettant l'exercice légitime de sa compétence. En effet, plus ces liens sont ténus, plus l'application de ces normes semble excessive et contestable en droit comme en opportunité. Encore très récemment, dans les transactions à 3,6 milliards d'euros conclues simultanément par Airbus avec les autorités de trois pays (Royaume-Uni, États-Unis et France), l'observateur extérieur ne parvient pas à identifier, sur le volet corruption, quel est le titre de compétence des États-Unis.

Cette incertitude semble d'ailleurs parfaitement assumée par les autorités américaines : « La société [Airbus], est-il écrit dans les premiers paragraphes de la transaction, n'est ni un émetteur américain ni une entité américaine et la compétence territoriale [américaine] relative à la conduite corruptive est limitée »<sup>2</sup>.

1. J-M. Sauvé, *La territorialité du droit*, Introduction lors de la Rencontre inter-réseaux (franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois) sur le thème « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », Collège de France, 10-12 avril 2012.

2. USA v. Airbus SE, *DPA*, 30 janv. 2020, §4 (i), (traduction de l'auteur).

Les États-Unis ont en effet très rapidement saisi les enjeux que représentaient de telles normes et ont développé, à la faveur de leur puissance économique et politique, un arsenal législatif et une pratique de poursuite largement extraterritoriaux dans de nombreux domaines aussi variés que la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers ou les embargos et autres sanctions économiques.

Durement frappés par cette répression venue d'ailleurs, les Français sont nombreux, dans le sillage de l'affaire Alstom, à crier à l'instrumentalisation du droit et du système judiciaire américains. Depuis cette affaire, d'ailleurs, le mépris de plus en plus clairement affiché par le Président Trump pour le droit et la justice de son propre pays ne peut que continuer à alimenter le soupçon.

Or si les États-Unis sont aujourd'hui mis au défi de prouver la résilience de leur État de droit, celui-ci subsiste encore et continue à puiser aux sources d'une forte tradition juridique. C'est pourquoi il faut – plus que jamais – prendre le droit américain au sérieux et ne pas se laisser prendre au jeu des postures.

C'est dans ce contexte qu'il faut étudier de près la question de savoir si, comme cela est souvent dit en France, le seul fait de réaliser une transaction en dollars américains suffit, en droit américain, à assujettir la transaction et les conduites sous-jacentes à la législation pénale américaine. La même question peut être posée à propos de l'envoi d'un courriel transitant par des serveurs américains.

Or ces idées largement acceptées en France ne résistent que partiellement à une analyse juridique précise.

### I. La compétence fondée sur le dollar, une idée largement relayée en France

Qui n'a pas entendu dire à la tribune d'une conférence professionnelle en France que le seul fait d'effectuer une transaction en dollars, ou de faire transiter un courriel par un serveur américain, suffisait à l'assujettir à la compétence des juridictions pénales américaines ? Ceci est certes « maintes fois évoqué »<sup>3</sup>, et l'idée a fait son chemin jusque dans les recommandations de l'Agence Française Anticorruption qui semble y faire référence lorsqu'elle énonce, au titre des facteurs de risque, que « la devise est [...] un élément à prendre en considération du fait de l'extraterritorialité de certaines législations anticorruption étrangères »<sup>4</sup>.

Or un jeu de citations internes à la France fait parfois l'économie d'une étude critique de première main du droit américain. Avant d'en venir à cette analyse, notons déjà que cette théorie de la « compétence-dollar » se dé-

3. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 21 juin 2019, p. 15.

4. Agence Française Anticorruption, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, décembre 2017, p. 24.

veloppe en France dans un contexte très politique susceptible de favoriser les exagérations.

D'abord, bien sûr, les procureurs américains ont tout intérêt à grossir le trait pour justifier leur intervention dans des affaires sans rattachement naturel aux États-Unis où ils entendent purement et simplement dérouler une politique pénale globale<sup>5</sup>.

Plusieurs mécanismes concourent à conforter en France la crédibilité des interprétations extensives que les procureurs américains donnent de leur propre compétence et qui, sinon, pourraient n'apparaître que comme de simples rodomontades : le relai de ces exagérations dans les conférences professionnelles par des prestataires qui vendent leurs services en agitant l'épouvantail américain, ou le retard pris par l'université française dans l'enseignement et la recherche sur les droits étrangers, au profit d'une vision souvent trop strictement nationale. Retard qui rend la communauté juridique française parfois démunie face à un droit américain qu'elle doit prendre en compte mais sur lequel elle peine à porter un regard suffisamment informé.

Mais il y a plus : dans la logique de transaction qui domine le fonctionnement du système pénal américain, l'étendue de la coopération de l'entreprise au cours de l'enquête et des négociations est un élément pris en compte par les procureurs pour conclure le « *deal* » à des conditions plus favorables à l'entreprise<sup>6</sup>. Cette valorisation de la coopération dans une logique de justice négociée a d'ailleurs fait son entrée en France, avec les lignes directrices du Parquet national financier et de l'Agence française anti-corruption en matière de CJIP<sup>7</sup>. Mais il est assez troublant, du point de vue des droits de la défense, d'observer que le fait de contester la compétence du droit américain puisse être assimilé à un défaut de coopération.

Coopérer, oui, mais jusqu'au point d'accepter de négocier avec une autorité potentiellement incompétente ? L'entreprise ou les individus poursuivis peuvent certes en théorie engager un combat judiciaire aux États-Unis sur la compétence mais le risque et la pression sont forts : échouer à démontrer devant le juge l'incompétence de l'autorité, c'est risquer de perdre des « points de coopération » lorsque la négociation reprendra. Ou même c'est risquer de mettre purement et simplement fin à la négociation et de ne conserver comme issue qu'un procès coûteux et aléatoire<sup>8</sup>.

5. v. not. les développements de P. Fitzgerald, *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, thèse pour le Doctorat en droit, Université du Sud Toulon-Var, 2011.
6. A. Garapon, P. Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013. - E. Breen, FCPA, *La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly éditions, 2017, p. 142 et s.
7. PNF et AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*, 26 juin 2019, p.9.
8. v. cependant, pour une victoire judiciaire récente sur le terrain de la compétence, d'un national non-américain dans une affaire de *wire fraud* et de blanchiment, B. Pierson, "Lebanese salesman acquitted in case over \$2 bln Mozambique loans", *Reuters*, 2 décembre 2019 ; R.L. Cassin, *Why FCPA scoreboards can be so different*, *Fcpa Blog*, 31 décembre 2019.

Si le lien fait entre acceptation de la compétence américaine et récompense de la coopération n'a pas été à ma connaissance explicité par les autorités américaines, il existe cependant en pratique. Il vient par ailleurs d'être consacré de manière spectaculaire – et à mon sens contestable – par la justice britannique dans l'affaire Airbus<sup>9</sup>.

La pression qui s'exerce sur l'entreprise pour qu'elle accepte la compétence d'une autorité de poursuite étrangère peut être accentuée en cas de conflit d'intérêts des dirigeants, dès lors que ceux-ci pourraient être incités à coopérer totalement au titre de leurs fonctions sociales, en échange de leur immunité à titre personnel<sup>10</sup>. Il s'agirait là d'une distorsion très forte de l'idée de justice. Mais qu'on ne s'y trompe pas : elle relèverait d'une défaillance de la gouvernance des entreprises objet des poursuites tout autant que d'une critique qui pourrait être adressée au système pénal américain.

Enfin, la vision d'une compétence fondée sur le dollar rencontre en France un courant de pensée anti-américain qui est tenté d'exagérer la puissance des États-Unis pour mieux la dénoncer<sup>11</sup>. Ainsi, par une sorte d'effet miroir, ceux qui ont intérêt à exercer une forme de surpuissance juridique et ceux qui la condamnent peuvent s'entendre au moins sur une présentation du droit plus ou moins déformée.

Il est intéressant en particulier de noter à cet égard la récurrence du thème de l'instrumentalisation des poursuites américaines au service des intérêts économiques américains. Ainsi en particulier, pour Raphaël Gauvain, une « collusion organique, quasi-institutionnelle entre les milieux économiques et les autorités fédérales renforce les doutes voire les craintes d'une instrumentalisation des procédures judiciaires américaines à des fins économiques ou commerciales »<sup>12</sup>. Donc ainsi, pour le député, « la règle de droit (...) est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe »<sup>13</sup>. L'idée était déjà là trois ans plus tôt, bien que de manière moins accusée, dans le rapport Lellouche-Berger : « Le rachat de la branche énergie d'Alstom par General Electric a également suscité des interrogations sur une éventuelle instrumentalisation des procédures pour corruption engagées contre Alstom en vue de convaincre ses dirigeants de choisir l'offre américaine plutôt que celle

9. E. Breen, *UK Flexes Extraterritorial Reach with Airbus Settlement*, FCPA Blog, 10 février 2020, disponible en ligne : <https://fcpcblogger.com/2020/02/10/uk-flexes-extraterritorial-reach-with-airbus-settlement/>.
10. L. Cohen-Tanugi, *La recherche de boucs-émissaires dans la répression de la délinquance économique, un travers structurel du modèle américain*, Chroniques américaines, juin 2019.
11. v. not. les contributions réunies par P. Mbongo, R.L. Weaver (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine, Entre américanophobie et américanophilie*, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 409.
12. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 26 juin 2019, p.15.
13. *op. cit.*, p. 3.

de Siemens et de Mitsubishi »<sup>14</sup>.

L'heure serait donc aujourd'hui venue du « *lawfare* » et l'extraterritorialité figurerait en bonne place des « nouvelles armes de guerre économique » avec lequel ce combat se mène<sup>15</sup>. Oui, peut-être, mais sans que cela dispense d'aller interroger précisément la règle de droit. Car une partie de ce qui se joue aujourd'hui tient précisément dans la capacité de la communauté juridique internationale à tenir bon le cap du droit dans un contexte géopolitique tendu.

## 2. Un principe général du droit américain : la présomption contre l'extraterritorialité

Il est bien évident que la « compétence-dollar », si elle constituait véritablement un principe général du droit américain, reviendrait à abolir à peu de choses près la notion même de compétence. Comme l'observe Régis Bismuth, « accepter une vision aussi extensive de la souveraineté monétaire qui ne trouve pas de fondement en droit international reviendrait, pour une devise telle que le dollar qui bénéficie d'une position privilégiée – ou plutôt d'un « privilège exorbitant » – dans le règlement des transactions économiques internationales, à conférer aux États-Unis une forme de compétence quasi universelle sur celles-ci »<sup>16</sup>.

Or rien ne serait plus éloigné non seulement des principes du droit international, mais aussi et surtout des principes mêmes du droit fédéral des États-Unis. En fait, les tenants français de la théorie de la « compétence-dollar » partagent généralement deux présupposés, qui sont tous deux inexacts au regard du droit américain.

D'une part, ils prétendent développer un discours d'ordre général : la présence du dollar (ou encore d'un serveur américain) serait un facteur général de compétence. Or s'il existe bien un principe général en matière d'extraterritorialité en droit américain, c'est un principe exactement contraire : celui de la « présomption contre l'extraterritorialité ». Pour le reste, c'est une question d'interprétation textuelle au cas par cas, pour chaque législation : l'étendue de l'extraterritorialité du FCPA n'est pas la même que celle de tel ou tel type de sanctions économiques, du *wire fraud*, du RICO<sup>17</sup> ou de toute autre législation dans le domaine de la criminalité d'affaires.

D'autre part, beaucoup d'auteurs français ne tirent qu'imparfaitement les conséquences du fait que la plupart des affaires qui illustrent – souvent de manière spec-

taculaire – l'application extraterritoriale du droit américain relèvent de transactions pénales dans lesquelles la compétence est acceptée par les défendeurs mais non démontrée juridiquement. Chacun convient que, dans ces affaires, le droit n'est pas dit.

En effet, « les arguments relatifs à la compétence des autorités américaines sont très rarement évoqués devant les Cours fédérales, car les poursuites en matière de corruption internationale suivent un parcours transactionnel (menant à un « accord »), qui permet au DoJ d'invoquer une interprétation très large et arbitraire de sa propre compétence, sans qu'il soit soumis à aucun contrôle du juge »<sup>18</sup>. Ces transactions constituent donc une situation de fait sans doute significative à bien des égards, mais dont on ne peut donc absolument rien tirer en termes d'analyse juridique.

Si la jurisprudence est certes rare en matière pénale aux États-Unis, cela tient à la nature même du système pénal américain : « la justice pénale américaine aujourd'hui consiste pour la plus grande part en un ensemble de transactions et non en un ensemble de procès »<sup>19</sup>. Mais cette jurisprudence existe, et est d'autant plus significative lorsqu'elle finit par intervenir. Arguer de l'extraterritorialité de fait des poursuites américaines pour démontrer l'extraterritorialité du droit américain relève d'un raisonnement politique plus que juridique<sup>20</sup>.

L'étude de la question de l'extraterritorialité du droit américain d'un point de vue juridique fait ainsi rapidement ressortir que celle-ci est d'abord gouvernée par un principe d'interprétation des textes de loi au cas par cas.

La question de l'application territoriale ou extraterritoriale de la législation américaine revient en effet très régulièrement dans les affaires soumises à la Cour suprême<sup>21</sup>. Celle-ci ainsi pris position notamment sur l'application extraterritoriale du *Sherman Act* (droit de la concurrence)<sup>22</sup>, du droit du travail<sup>23</sup>, de la responsabilité civile en matière de fraude boursière<sup>24</sup>, de l'*Alien Tort Statute* (ATS, responsabilité civile pour des violations du droit des gens)<sup>25</sup>, ou encore des garanties de la procédure pénale et de l'*habeas corpus* dans le contexte de la lutte anti-terroriste et des détentions à Guantanamo ou dans d'autres lieux à l'étranger<sup>26</sup>.

14. P. Lellouche et K. Berger, Extraterritorialité de la législation américaine, Rapport d'information n°4082, 5 octobre 2016, p. 18.

15. « Extraterritorialité, Une nouvelle arme de guerre économique », conférence du 19 février 2020 à l'« Ecole de guerre économique » à Paris.

16. R. Bismuth, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : Le point de vue du droit international public », in A. Gaudemet (dir.), *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, coll. « Colloques », éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 52.

17. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, législation mobilisée notamment dans l'affaire de la FIFA, marquée par l'arrestation spectaculaire par les autorités Suisse pour le compte des autorités américaines de hauts responsables de la fédération, à la veille de leur congrès annuel en mai 2015.

18. R. Gauvain, rapport préc. p. 17.

19. Brady v. United States, 397 US 742 (1970). Ainsi en particulier 96 % des affaires américaines de corruption d'agents publics étrangers sont résolues par transaction, selon les dernières statistiques de l'OCDE (OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, 2019, p. 23).

20. Comp. L. Engel, *Le mépris du droit*, Hachette littératures, 2000, p. 220.

21. v. de manière générale S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Odile Jacob, 2015. Les développements qui suivent sont issus de mon ouvrage précité, FCPA, *La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p. 95 et s.

22. F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 161, 124 S.Ct. 2359, 159 L.Ed.2d 226 (2004).

23. *EEOC v. Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

24. *Morrison v. National Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

25. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, préc.

26. *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008).

Dégagée par la Cour suprême dès les origines du droit américain en matière de droit douanier et de piraterie, la présomption contre l'extraterritorialité a été réaffirmée au début du XX<sup>e</sup> siècle, au sujet du droit de la concurrence naissant, par le célèbre juge et théoricien du droit Oliver Wendell Holmes Jr. dans l'arrêt *American Banana Co. v. United Fruit Co*<sup>27</sup>. Le principe a cependant perdu en vigueur tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, notamment en matière de droit de la concurrence, au point qu'en 1987 le troisième *Restatement* n'en faisait plus aucune mention<sup>28</sup>.

C'est pourquoi le retour sur le devant de la scène du principe et les formules ciselées du juge Scalia dans l'arrêt *Morrison* et du président Roberts dans l'arrêt *Kiobel* ont été largement commentées aux États-Unis comme à l'étranger<sup>29</sup>. Les juges de la Cour suprême semblent vouloir éviter que des stratégies de *forum shopping* ne conduisent à ériger le système judiciaire américain en véritable juridiction universelle ou, pour reprendre le trait d'esprit du juge Scalia, en véritable « Shangri-La » des contentieux transnationaux<sup>30</sup>.

Le principe de « la présomption contre l'extraterritorialité » signifie que le silence d'une loi sur son éventuelle application extraterritoriale vaut absence d'extraterritorialité. Or force est de constater qu'aucune des législations américaines généralement mobilisées par les tenants de la théorie de la « compétence-dollar » ne définit expressément, dans son texte même, son champ d'application par l'utilisation de la devise américaine.

Si le texte de ces législations était invoqué, ce ne serait que dans le cadre d'un raisonnement par extension. Comme le notent très justement Pierre Lellouche et Karine Berger, « l'application de fait extraterritoriale de certaines législations américaines n'est pas fondée sur une revendication délibérée d'extraterritorialité, mais sur des interprétations larges, voire « tirées par les cheveux », du critère de compétence territoriale - ainsi du raisonnement selon lequel toute opération bancaire libellée en dollars dans le monde finit par donner lieu à une compensation effectuée sur le sol américain »<sup>31</sup>. Or c'est précisément cela que le principe de la « présomption contre l'extraterritorialité » entend combattre.

Si la Cour suprême ne s'est pas à ma connaissance prononcée à ce jour sur la question à propos du rôle du dollar (ou des serveurs américain) pour l'éventuelle application extraterritoriale du FCPA, des sanctions économiques ou d'autres législations en matière de criminalité d'affaires, les juges fédéraux semblent néanmoins avoir déjà bien in-

tégré l'idée que le principe de la présomption contre l'extraterritorialité s'applique à ces législations et n'hésitent pas à désavouer les interprétations parfois abusivement extensives du *Département of Justice*.

Le juge écrit ainsi en 2018, dans l'affaire *Hoskins*, un ancien cadre d'Alstom poursuivi sur le fondement du FCPA : « Notre système juridique pose en principe fondamental que, de manière générale, le droit des États-Unis s'applique nationalement mais ne régit pas le monde entier. Les tribunaux ne doivent donc appliquer le droit des États-Unis de manière extraterritoriale que si c'est là l'intention expresse et non ambiguë du Congrès (*unless the affirmative intention of the Congress [is] clearly expressed*). Ce principe tient au risque de conflits non souhaités entre notre droit et celui d'autres nations, qui pourraient causer une discorde internationale »<sup>32</sup>.

### 3. Distinguer le FCPA et les sanctions économiques

Dans ce contexte, et dans l'attente d'une clarification jurisprudentielle indiscutable, le point de repère du juriste ne peut être que le texte des lois américaines. On constate à cet égard que le FCPA et les textes instituant les sanctions économiques<sup>33</sup>, pour limiter ici l'analyse à ces deux exemples, sont rédigés de manière assez différente, au regard de la question de leur éventuelle application extraterritoriale.

Il en résulte que si la théorie de la « compétence-dollar » (ou de la « compétence-serveur ») n'a absolument aucune base textuelle en matière de FCPA, et y relève donc d'un véritable mythe, la situation est plus nuancée pour les textes instituant les sanctions économiques dont certains peuvent fournir un point d'appui à une théorie causale de la compétence, théorie dont un juge américain pourrait éventuellement un jour déduire celle du dollar ou du serveur.

#### 1. Le cas du FCPA

Le rapport Gauvain, et ce n'est pas le moindre de ses mérites, procède à une véritable analyse textuelle du FCPA. Mais les conclusions qu'il en tire sont à mon sens erronées et trahissent le sens naturel de ce texte. Or, compte-tenu du principe de la présomption contre l'extraterritorialité, c'est bien ce sens naturel qui sera le seul guide d'un juge américain le jour où il lui sera demandé de se prononcer pour ou contre la théorie de la « compétence-dollar » ou de la « compétence-serveur ».

Il est utile de faire ici une large citation du rapport Gauvain, afin de bien identifier la source de la confusion.

« Le « FCPA » couvre trois catégories de personnes :

- les « émetteurs » au sens du droit commercial américain, à savoir toutes les sociétés et entités juridiques de toutes sortes qui émettent ou commercialisent des actions ou obligations aux États-Unis et leurs représentants, diri-

27. *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

28. American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, 2 vol. (1987).

29. v. H. Muir-Watt, « Irrecevabilité aux États Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crime contre l'humanité », *Revue critique de droit international privé*, Dalloz 2010, p. 761.

30. *Morrison v. National Australia Bank*, préc.

31. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, conclusion de travaux d'une mission informative constituée le 3 février 2016, Assemblée Nationale, 5 octobre 2016, p. 10.

32. *United States v. Hoskins*, n°16-1010-cr (2d Cir. 2018), p. 41 (citations internes omises). V. aussi dans la même affaire la décision citée infra note 39.

33. Not. International Emergency Economic Powers Act (« IEEPA »), 1977; Trading With the Enemy Act (« TWEA »), 1917; et Iran Sanctions Act (« ISA »), 1996.

geants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-1) ;

- les personnes « d'intérêt domestique », à savoir les citoyens et résidents américains, les sociétés et toutes entités juridiques créées ou organisées selon les lois des États-Unis et de leurs États, territoires et dépendances, ainsi que leurs représentants, dirigeants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-2) ;

- les personnes physiques ou morales étrangères, qui ne sont ni des émetteurs ni des personnes d'intérêt domestique, mais qui se trouvent directement ou via un agent/représentant sur le territoire des États-Unis (15 USC § 78dd-3). »

C'est principalement sur la base de cette troisième catégorie de personnes que s'opèrent les interprétations les plus extensives du lien de rattachement entre des faits de corruption active commis hors des États-Unis et le « territoire américain » au sens du « FCPA ».

En effet, les personnes utilisant des moyens relevant du commerce inter-États (« *interstate commerce* »), tels le téléphone ou l'e-mail, sont soumises par ce biais aux dispositions du FCPA : pour ce faire, il suffit d'avoir effectué un appel téléphonique ou envoyé un e-mail en direction ou à travers le territoire des États-Unis (par exemple, un e-mail ayant transité sur un serveur situé sur le territoire américain) pour être considéré comme étant présent sur le territoire américain. La quasi-totalité des fournisseurs de services de communication électronique étant américaine et ayant des serveurs aux États-Unis sur lesquels transitent les « e-mails » envoyés à travers le monde, la compétence des autorités américaines peut donc être déduite de la seule utilisation de ces services.

Les marges d'interprétation offertes par ce texte ont permis aux autorités américaines d'utiliser le « FCPA » pour poursuivre des entreprises non américaines pour des faits de corruption n'ayant aucun lien avec le territoire des États-Unis et commis par des personnes n'ayant pas la citoyenneté américaine, ni étant résident aux États-Unis.

Le fait que cette définition large de la compétence des autorités américaines résulte non pas d'une définition légale claire, mais d'une interprétation, au cas par cas, mouvante, instable et surtout imprévisible, de textes flous aux dispositions variables, explique le fait que la plupart des autorités américaines rencontrées par la mission furent le caractère extraterritorial des lois américaines en général, y compris du « FCPA ».

Sur ce point, les autorités de poursuite (DoJ notamment) semblent avoir une conception beaucoup plus large de leur compétence que celle que leur octroient les juridictions américaines, notamment les Cours fédérales. Ces dernières ont traditionnellement une interprétation beaucoup plus stricte de la compétence territoriale des autorités de poursuite.

Cependant, les arguments relatifs à la compétence des autorités américaines sont très rarement évoqués devant

les Cours fédérales, car les poursuites en matière de corruption internationale suivent un parcours transactionnel (menant à un « accord »), qui permet au DoJ d'invoquer une interprétation très large et arbitraire de sa propre compétence, sans qu'il soit soumis à aucun contrôle du juge »<sup>34</sup>.

Si le dollar n'est pas mentionné dans cette analyse, le lecteur non spécialiste peut en retirer l'impression qu'une ambiguïté du texte du FCPA peut autoriser une interprétation extensive par le Département de la justice, au titre de la référence, dans le texte, aux « moyens relevant du commerce inter-États ». Le FCPA est ainsi rangé dans la catégorie « de textes flous aux dispositions variables ».

Or rien n'est plus faux. Le FCPA est un texte extrêmement précis qui prend soin de ne laisser planer aucune ambiguïté sur son champ d'application territorial<sup>35</sup>.

La difficulté juridique se concentre principalement sur la troisième catégorie de personnes incluses dans le champ d'application du FCPA. Ce sont les « autres » personnes, qui ne sont ni des « émetteurs » (*issuers*) ni des « entités nationales » (*domestic concerns*) américaines<sup>36</sup>. Voici l'extrait pertinent du texte du FCPA, pour ce qui concerne cette troisième catégorie :

« Il est interdit à toute personne, autre qu'un émetteur soumis à la section 78dd-1 du présent titre, ou qu'une entité nationale, telle que définie à la section 104 de la présente loi, ainsi qu'à tout dirigeant, administrateur, employé ou représentant d'une telle personne (*agent*) et à tout actionnaire d'une telle personne agissant pour son compte, alors qu'il se trouve sur le territoire des États-Unis (*while in the territory of the United States*), d'agir frauduleusement, en utilisant le courrier postal ou tout moyen ou instrument du commerce entre États (*mails or any means or instrumentality of interstate commerce*), ou de toute autre manière, en vue du paiement de toute somme d'argent ou du don de toute chose de valeur, ou de la proposition, de la promesse ou de l'autorisation d'un tel paiement ou d'un tel don, (...) »<sup>37</sup>.

On se rend compte à la lecture attentive de ce texte que l'application du FCPA ne concerne dans ce cas que :

- des personnes limitativement énumérées : la personne morale elle-même, un de ses dirigeants, administrateur, employé, représentant (*agent*), ou même un actionnaire, dès lors qu'il agit pour le compte de la personne morale ;
- des actes réalisés sur le territoire des États-Unis (*while in the territory of the United States*) ;

34. R. Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 26 juin 2019, pp.16-17.

35. v. la version bilingue en nouvelle traduction française de ce texte dans mon ouvrage précité, *FCPA, La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p. 185 et s.

36. La traduction de « *domestic concerns* » par « personnes d'intérêt domestique » dans l'extrait précité du rapport Gauvain semble résulter d'une hésitation sur le sens à donner au mot « concern ». Dans le contexte, il signifie « une affaire » ou « une entreprise » et non une « préoccupation » ou un « intérêt ». Il s'agit donc tout simplement des entités économiques nationales.

37. 15 U.S.C § 78dd-3. Trad. E. Breen, préc. pp. 207-208.

- des actes réalisés en utilisant le courrier postal ou tout moyen ou instrument du commerce entre États (*mails or any means or instrumentality of interstate commerce*), ou de toute autre manière.

Or le critère de la présence sur le territoire et celui de l'utilisation des « instruments du commerce entre États » sont parfaitement distincts et c'est à cela que tient l'erreur commise par le rapport Gauvain. Le texte du FCPA est en réalité limpide, dans son extrême précision : les deux premières catégories de personnes concernées par le texte (« émetteurs » et « entités domestiques ») relèvent d'une application extraterritoriale, alors que la troisième (les « autres ») est la seule à être expressément soumise à un critère d'application territoriale, par l'usage de cette formule brève et non ambiguë : « *while in the territory of the United States* »<sup>38</sup>.

Il n'est pas invraisemblable de supposer qu'un paiement en dollars ou l'envoi d'un courriel transitant par des serveurs internet américains, même réalisé à l'extérieur du territoire des États-Unis, puisse caractériser l'utilisation des « instruments du commerce entre États ». Mais il est hautement improbable, compte-tenu du principe de la présomption contre l'extraterritorialité, qu'un juge américain torde le sens naturel du texte jusqu'à considérer que de tels actes, bien que réalisés à l'étranger, puissent être considérés comme satisfaisant le critère de territorialité expressément posé par le Congrès dans ce cas précis.

Enfin, il est exact qu'un juge fédéral américain a récemment confirmé l'idée qu'entre dans le champ d'application du FCPA le représentant à l'étranger (*agent*) d'une personne elle-même soumise au FCPA<sup>39</sup>. Cela caractérise une véritable forme d'extraterritorialité, d'autant plus que cette notion de représentation semble pouvoir inclure certains salariés de filiales étrangères. Mais cette application extraterritoriale repose sur un raisonnement fondé sur l'idée de représentation, qui ne tient pas au fait d'avoir utilisé, ou non, le dollar ou un serveur américain.

## 2 - Le cas des sanctions américaines

En matière de sanctions économiques, la situation est plus nuancée en raison de l'apparition, assez récente, d'un critère de causalité dans l'IEEPA<sup>40</sup>, un des textes centraux de cette matière, laquelle constitue, par ailleurs, un véritable maquis législatif et réglementaire.

Rappelons d'abord qu'on distingue généralement, au sein des sanctions économiques américaines, les sanctions primaires des sanctions secondaires. Ces dernières ne sont pas de nature pénale et consistent, pour l'essentiel, en des refus d'accès au marché américain pour les personnes

convaincues d'avoir réalisé avec des entités ou pays sous sanction des transactions interdites par le droit américain.

Les sanctions secondaires sont applicables sans critère de territorialité. Elles consistent en substance à mettre les acteurs économiques du monde entier devant un choix : commercer avec les entités ou pays sous sanction américaine (ici l'Iran et dans une moindre mesure la Russie) ou commercer avec les États-Unis. Les sanctions secondaires sont donc par nature extraterritoriales, au grand dam de l'Union européenne qui les a déclarées de ce fait contraires au droit international<sup>41</sup>.

Vaste extraterritorialité, donc, mais sans lien avec l'utilisation, ou non, du dollar ou d'un courriel.

Par contraste, les sanctions primaires sont de nature pénale. Elles ne sont pas extraterritoriales par principe, mais sont applicables, pour ce qui concerne leur principale catégorie (les sanctions prononcées au titre de l'IEEPA), aux personnes ou aux biens qui relèvent de la compétence des États-Unis : « *by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States* »<sup>42</sup>. Cette notion énoncée de manière générale dans la loi est déclinée dans les règlements d'application applicables aux différentes sous-catégories de sanctions. Ceux-ci apportent des précisions sur le champ de la compétence, à travers des critères classiques, bien qu'extensifs, de compétence personnelle (personnes américaines, ou « *US persons* »), territoriale (actes réalisés sur le territoire) et réelle (commerce de biens d'origine américaine). Cette dernière forme de compétence présente une dimension extraterritoriale accusée, et qui a été validée par la jurisprudence<sup>43</sup>. Mais elle est déclenchée par l'origine américaine des biens objets de la transaction, et non par l'usage de la devise américaine.

Cependant, la théorie de la « compétence-dollar » trouve un appui textuel – bien que sans confirmation jurisprudentielle à ce jour – dans une modification du texte de l'IEEPA datant de 2007 et qui en modifie la clause pénale générale pour inclure une référence aux personnes qui sont la « cause » d'une violation des sanctions : « *It shall be unlawful for a person to violate, attempt to violate, conspire to violate, or cause a violation of any license, order, regulation, or prohibition issued under this chapter* »<sup>44</sup>.

Il n'est pas certain que cette simple mention suffise à assurer, en droit, la compétence américaine sur des transactions réalisées en dollars, compte-tenu des exigences de la présomption contre l'extraterritorialité. Mais il y a bien là de quoi esquisser un raisonnement de nature causale du

38. Cet argument de texte est relevé par le juge dans le jugement *Hoskins* précité note 32.

39. La notion de représentation (*agency*) est interprétée de manière stricte par la juge, ce qui a conduit à l'acquiescement de *Hoskins* au motif qu'en l'espèce la relation de représentation n'est pas avérée et que le FCPA n'est donc pas applicable territorialement. *Hoskins* reste condamné cependant par ailleurs sur le fondement du blanchiment : *U.S. v. Hoskins*, 3:12cr238 (JBA) (D. Conn. Feb. 26, 2020).

40. *International Emergency Economic Powers Act*, 1977.

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

42. 50 U.S.C §1702 (a) (1).

43. *United States v. David S. Mckeeve*, 131 F.3d 1 (1st Cir. 1997). Nous remercions Mme Greta Lichtenbaum de nous avoir signalé cette décision.

44. 50 U.S.C §1705 (a).

type de celui qui sous-tend les affaires dites de « *transaction stripping* ». Dans ces affaires, des banques non-américaines (dont BNP Paribas) dissimulaient, dans des transactions en dollars, certaines caractéristiques des paiements ou des opérations afin de rendre difficile leur rattachement à des personnes ou pays sous sanctions américaines.

L'affaire s'est soldée, pour BNP Paribas, par une transaction à près de 9 milliards de dollars en 2014<sup>45</sup>, et de nombreux autres accords similaires ont été conclus avec d'autres banques, comme récemment avec la banque britannique *British Arab Bank*<sup>46</sup>.

Dans ces affaires, les autorités américaines ont considéré que les transactions en dollars impliquaient indirectement le territoire américain du fait de l'opération-reflet qu'elles entraînaient avec une banque correspondante aux États-Unis chargée de les prendre en compte pour la compensation globale entre banques des opérations en dollars<sup>47</sup>. Le raisonnement adopté se rapproche de la théorie dite « des effets » en matière d'extraterritorialité d'une loi, qui permet d'attirer dans l'orbite juridictionnelle de l'État régulateur des actes commis à l'étranger par des personnes étrangères, dès lors que ces actes ont des effets sur le territoire de l'État régulateur<sup>48</sup>.

Ainsi, sur la base de ce lien de rattachement, les autorités ont sanctionné ces banques non-américaines car elles avaient conduit, par leurs dissimulations, des entités américaines (les banques de compensation) à enfreindre les sanctions économiques de manière involontaire.

Au terme de ces accords, les autorités américaines ont caractérisé deux liens de rattachement cumulatifs pour fonder leur compétence : (1) l'utilisation du dollar<sup>49</sup> ; et (2) l'opération de compensation en dollars réalisée par une institution financière américaine qui utilise le système financier américain<sup>50</sup>. Ces deux critères n'en font d'ailleurs en réalité qu'un puisqu'*in fine* toute opération bancaire libellée en dollars dans le monde finit par donner lieu à une compensation effectuée sur le sol américain par des entités américaines<sup>51</sup>.

Mais il convient d'insister sur le fait que les affaires de « *transaction stripping* » se sont toutes soldées par des transactions et qu'aucun juge américain n'a validé la conception causale de la compétence dans laquelle l'utilisation du dollar est mobilisée comme critère de rattachement.

Ainsi, au terme d'une étude du FCPA et des sanctions

45. U.S. Department of Treasury, Settlement Agreement with BNP Paribas S.A., juil. 2014.

46. U.S. Department of Treasury, Settlement with British Arab Commercial Bank, 17 septembre 2019; Voir aussi Affaires Crédit Suisse, 2009; et Lloyd TSB, 2009.

47. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, conclusion de travaux d'une mission informative constituée le 3 février 2016, Assemblée Nationale, 5 octobre 2016, p. 51.

48. v. not. L. Cohen-Tanugi, *L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale*, En temps réel - les cahiers, déc. 2014, p. 11.

49. *United States v. BNP Paribas*, Statement of Facts, 30 juin 2014, § 5, 8, 16 et s.

50. *Ibid.*, § 5, 24, 29 et s.; v. aussi U.S. Department of Treasury, *Settlement with British Arab Commercial Bank*, 17 sept. 2019, §15 et 17.

51. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *op. cit.*, p.10.

économiques on voit qu'il n'existe finalement qu'un cas de figure dans lequel – bien que sans confirmation jurisprudentielle à ce jour – l'extraterritorialité du droit américain repose sur le dollar.

La situation est finalement assez paradoxale. Le droit américain – au sens strict du terme, c'est-à-dire tel qu'interprété par les juges fédéraux – est assez conservateur en matière d'extraterritorialité et ne fournit que très peu d'appui à la théorie qui voudrait que la loi américaine soit applicable aux opérations libellées en dollars ou réalisées au moyen d'un courriel transitant par un serveur américain. Il faut donc considérer que cette théorie est fautive, dans sa généralité.

Mais les cas d'application extraterritoriale du droit américain n'en restent pas moins nombreux, soit sur d'autres fondements juridiques, comme la compétence réelle (la compétence suit le bien américain) ou la représentation (la compétence s'étend aux personnes qui représentent des personnes elles-mêmes soumises au droit américain<sup>52</sup>), soit tout simplement du fait de l'accord des parties à une transaction pénale.

Le paradoxe tient également au fait qu'en dépit de sa réputation de forte extraterritorialité, le droit américain est parfois plus nuancé que d'autres. Il en va ainsi du cas de la corruption d'agents publics étrangers, pour lequel le droit britannique revendique, à propos de l'infraction de défaut de prévention de la corruption, une compétence sur toute société exerçant « tout ou partie d'une activité économique sur le territoire du Royaume-Uni »<sup>53</sup>. C'est bien là le type du « texte flou aux dispositions variables » que stigmatise le rapport Gauvain : quelle entreprise multinationale n'a pas, en effet, au moins un pied au Royaume-Uni<sup>54</sup> ?

Quant au droit français, il s'est doté de la même arme, avec un nouvel article 435-6-2 du Code pénal, qui permet de poursuivre en France pour des faits de corruption d'agent public étranger toute personne exerçant « tout ou partie de son activité économique sur le territoire français »<sup>55</sup>. Cette disposition n'a pas encore été utilisée à ma connaissance dans une affaire significative, mais elle comporte une très forte potentialité extraterritoriale, à l'instar de son modèle britannique.

Cette discrète innovation de la loi Sapin 2, combinée à la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) et à la possibilité des associations agréées de mettre en mouvement l'action publique en matière de corruption d'agents publics étrangers<sup>56</sup>, donne donc véritablement à la France les moyens de se comporter en État tête de file dans des contentieux globaux en matière de criminalité d'affaires.

52. v. pour une interprétation jurisprudentielle stricte de la notion de représentation (« *agency* ») en matière de FCPA la décision Hoskins du 26 févr. 2020 préc. n. 39.

53. *UK Bribery Act*, Section 7.

54. E. Breen, "UK Flexes Extraterritorial Reach with Airbus Settlement", *FCPA Blog*, févr. 2020.

55. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 21.

56. C. pr. pén., art. 2-23.