

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON - SORBONNE

Sous la direction scientifique de
MATHIAS AUDIT ET ETIENNE PATAUT

L'extraterritorialité

PERSPECTIVES INTERNATIONALES
N°38

IREDIES



PARIS 1

ECOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
ECOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE
INSTITUT DE RECHERCHE EN DROIT
INTERNATIONAL ET EUROPEEN
DE LA SORBONNE
(IREDIES)

L'EXTRATERRITORIALITÉ

Actes des journées doctorales du 27 juin 2018

sous la direction scientifique de
Mathias AUDIT et Etienne PATAUT

EDITIONS PEDONE

L'EXTRATERRITORIALITE :

OUVERTURE

MATHIAS AUDIT ET ETIENNE PATAUT

*Professeurs de droit privé à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1)**

Le droit recèle fréquemment en son sein des notions qui, aussi vénérables que fréquemment utilisées, n'en restent pas moins nimbées d'un puissant mystère. Incontestablement, le couple territorialité/extraterritorialité en fait partie. D'usage courant, ces deux notions sont pourtant rétives à l'analyse.

La « territorialité » tout d'abord. Un temps familière aux internationalistes, notamment de droit privé, elle est aujourd'hui moins couramment employée. Lorsqu'elle l'est, notamment en droit international privé, c'est, pour l'essentiel, pour décrire des doctrines aujourd'hui abandonnées, tout en soulignant parfois le caractère « particulièrement équivoque » de l'expression¹. C'est qu'en effet la notion de « territorialité » a en réalité deux sens très différents. En un sens faible, elle peut vouloir dire qu'un système donné ou une règle particulière de droit international privé préférera un rattachement territorial par opposition à un rattachement personnel (le lieu de situation du meuble par rapport à la nationalité, par exemple). Une telle préférence, combinée aux règles de compétence juridictionnelle, conduira de fait à l'application plus fréquente de la loi du for ; elle n'implique nullement que l'on ne puisse utiliser le rattachement lorsque celui-ci se réalise à l'étranger et, partant, que l'application d'une loi étrangère soit impossible. En un sens beaucoup plus fort, en revanche, le terme même de territorialité implique un refus d'application de la loi étrangère, et l'application de la seule loi française aux rapports de droit qui se localisent en France. Techniquement, donc, la territorialité en ce second sens se caractérise par deux éléments : l'applicabilité de la seule loi française et la limite de cette applicabilité aux seules situations localisées en France.

En tant que principe général, ce second sens est globalement abandonné aujourd'hui par la doctrine de droit international privé. D'une part, en effet, si certaines matières, comme le droit public, restent réticentes au conflit de lois,

* Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS).

¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 11^{ème} éd., 2014, n° 53 ; dans le même sens : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit International Privé*, Paris, LGDJ, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, n° 222.

il n'en reste pas moins que, par principe, la possibilité de l'application de la loi étrangère n'est plus aujourd'hui sérieusement contestée. D'autre part, et, surtout, l'expression même de « territorialité » appliquée à un rapport de droit est fort peu convaincante. L'idée même d'une localisation d'un rapport de droit, en effet, est une vue de l'esprit. Un rapport de droit, à proprement parler, ne se localise nulle part et seuls des éléments concrets de ce rapport peuvent être effectivement localisés. C'est dès lors la sélection d'un de ces éléments, considéré comme particulièrement significatif qui permettra de déterminer la loi applicable. A partir de là, parler de « territorialité » d'un rapport de droit n'a à proprement parler aucun sens puisque tout dépendra du critère de rattachement sélectionné par la règle de conflit de lois ou la règle d'applicabilité pour rattacher ce rapport de droit à une loi étatique particulière.

Cette objection semble presque insurmontable, puisqu'elle paraît établir que le terme même de territorialité et, partant, son corollaire, l'extraterritorialité, n'a littéralement aucun sens.

Les faits, pourtant, sont têtus et si la territorialité n'est plus guère employée que marginalement, l'extraterritorialité, elle, est redevenue d'une brûlante actualité. C'est que le paradoxe, en effet, n'est peut-être qu'apparent. Si parler de la territorialité ou de l'extraterritorialité ne semble avoir guère de sens, c'est peut-être aussi parce que, même si le renversement savignien et libéral consistant à partir du rapport de droit a eu un tel succès, il n'en reste pas moins que la perspective inverse, celle qui part du droit pour en déterminer son champ d'application non seulement n'a jamais totalement disparu, mais encore revient aujourd'hui au centre de tous les débats².

A cet égard, l'analyse est donc bien plus celle du droit international public qui recèle de riches éléments de définition de l'extraterritorialité (I), même si les points d'application de celle-ci, pour leur part, se jouent des frontières entre droit public et droit privé (II).

DÉFINIR L'EXTRATERRITORIALITÉ ?

A l'évidence, en ce qu'elle porte une appréciation sur l'exercice par un Etat ou une organisation régionale de son aptitude à appréhender certaines situations juridiques situées au moins partiellement en dehors de son territoire géographique et donc localisées pour le reste sur celui d'un autre Etat, la notion même d'extraterritorialité provient du droit interétatique, c'est-à-dire du droit international public.

A l'aune de cette branche du droit, elle a ainsi pu être définie comme la « situation dans laquelle les compétences d'un Etat (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire

² Sur ce point, voir la brillante démonstration d'H. MUIR WATT : « Discours sur les méthodes du droit international privé », *RCADI*, 2018, t. 389, spéc. pp. 159 et s.

dudit Etat »³, c'est-à-dire finalement, et pour l'essentiel, sur celui d'un autre Etat⁴.

Cette définition pose deux difficultés d'importance. La première, on vient de le voir, est celle de la localisation d'un rapport de droit. La seconde, propre au droit international public, est celle des conséquences à attacher à cette extraterritorialité.

Au-delà de sa définition, c'est en effet plus substantiellement la question de la licéité au regard du droit international public de l'exercice extraterritorial par un Etat ou un groupe d'Etats de sa compétence qui se pose. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger pour déterminer si cette extraterritorialité peut être considérée comme systématiquement illicite, et engendrer à ce titre la responsabilité internationale de l'Etat voire de l'organisation régionale qui en est à l'origine.

Or, sur ce chapitre, rien n'est moins certain. En son temps, la Cour permanente de Justice internationale dans la très célèbre affaire du *Lotus* jugée en 1927 ne s'est pas en effet du tout engagée sur la voie d'une prohibition générale et définitive de l'extraterritorialité. Elle y a considéré que « loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international public] leur laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »⁵.

Près de quatre-vingt-dix années après sa formulation, ce *dictum* s'avère toujours aussi pertinent. Pour s'en convaincre, il faut envisager à nouveau le droit international privé. Toute la science du conflit de lois vise à soumettre des relations juridiques présentant des liens de rattachement avec le territoire de plusieurs Etats différents au droit national de l'un d'entre eux uniquement. Lorsqu'une action en responsabilité délictuelle oppose une société française à une société allemande pour des faits de concurrence déloyale commis en Italie, la loi italienne est appelée à s'appliquer alors même que les deux parties au litige n'ont pas la nationalité de ce pays. Est-ce de l'extraterritorialité ? En tout cas, la solution n'est nullement sujette à débat⁶. Les exemples abondent dans toutes les branches du droit.

³ Voir « Extraterritorialité », in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, XLI-1198 p. Une autre définition possible est « [qu']une norme est extraterritoriale si, au moment où elle opère, elle prétend régir des conduites, statuer sur des situations, ou prendre en considération des faits, extérieurs au territoire » : J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ Lextenso, 10^{ème} éd., 2012, p. 352. Voir également : J.-M. JAQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI*, 1985, pp. 327-405 ; M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ Lextenso, 2014, n^{os} 105-108.

⁴ « Peuvent ainsi être exercées les compétences législatives, juridictionnelles et exécutives à l'égard de personnes ou de choses situées sur le territoire d'un autre Etat » : voir « *Compétence extraterritoriale* », in *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*

⁵ CPII, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n^o 10, p. 19.

⁶ La doctrine de droit international public en fait du reste le constat : J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 353.

Ceci s'explique, à nouveau, par ce renversement conceptuel qui consiste à partir non pas du rapport de droit, mais bien de l'étendue du champ d'application international revendiqué par la norme. En d'autres termes, ce n'est pas en soi l'extraterritorialité d'une loi qui pourrait être considérée comme illicite ou à tout le moins contestable, mais – éventuellement – le titre sur le fondement duquel elle entend ainsi s'appliquer à des personnes ou à des situations au moins partiellement reliées au territoire d'un Etat étranger. Partant, c'est le critère d'application que retiennent les autorités de l'Etat ou du groupe d'Etats pour fonder l'application extraterritoriale de l'une de leurs normes qui fait débat. Plus exactement, certains critères de ce type sont jugés, à tort ou à raison, comme ne justifiant pas d'un lien suffisamment étroit entre le territoire de l'Etat à l'origine de la norme et la situation juridique que celle-ci appréhende ou prétend appréhender.

C'est donc bien l'existence de ce type de critères de rattachement jugés trop tenus qui finalement permet d'identifier un texte dont l'application extraterritoriale serait discutable, ou à tout le moins discutée. Dès lors, et à ce stade de l'analyse, il importe d'identifier les différents types de textes dont l'application extraterritoriale est discutée et qui sont susceptibles d'avoir un impact sur l'arbitrage international.

LES DOMAINES DE L'EXTRATERRITORIALITÉ

Les situations dans lesquelles les Etats revendiquent pour leurs lois des domaines d'application si larges que l'on peut aisément y déceler une tentation vers l'extraterritorialité sont extrêmement nombreuses. Quelques exemples variés permettront de s'en convaincre.

La première catégorie, sans doute la plus nettement identifiée, est indéniablement celle des sanctions économiques unilatéralement adoptées par un Etat⁷. La portée extraterritoriale de ces sanctions, en particulier en droit des Etats-Unis, était fréquemment fondée sur les liens capitalistiques entre sociétés. Autrement dit, les filiales étrangères de sociétés enregistrées aux Etats-Unis peuvent se voir assujetties à l'obligation de respecter les mesures d'embargo ou plus généralement de sanctions édictées par le droit américain. A titre d'exemple, dans le cadre des sanctions américaines contre Cuba, les « *U.S. persons* » qui y sont assujetties regroupent quatre catégories de personnes : les citoyens et résidents des Etats-Unis, les personnes qui se trouvent aux Etats-Unis, les

⁷ Ne sera pas en revanche envisagé l'impact sur l'arbitrage international des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Celles-ci ne peuvent pas en effet être considérées comme extraterritoriales puisqu'elles ne sont pas émises par un Etat pour être appliquées au-delà des frontières de celui-ci, mais par une organisation internationale dont le spectre d'intervention est potentiellement universel. Il en résulte que ces mesures prises par le Conseil de sécurité posent des problèmes spécifiques en matière d'arbitrage : G. BASTID-BURDEAU, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, pp. 754-776 ; M. AUDIT, « L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage. Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013 (Dijon)*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 143-157.

sociétés constituées selon le droit des Etats-Unis ou les sociétés qui sont détenues par ou sous le contrôle d'une personne figurant dans l'une de ces trois premières catégories⁸. De même, et pour mémoire, on rappellera que l'embargo adopté par les Etats-Unis à l'encontre de l'Union soviétique et faisant suite à l'intervention de cet Etat en Afghanistan entendait également s'appliquer aux filiales européennes de sociétés américaines⁹, de même que l'*Executive order* du président américain pris en 1979 ordonnait le gel des avoirs iraniens même détenus par des filiales de banques américaines installées hors du territoire des Etats-Unis¹⁰.

Si ce critère, qui constitue en somme une hypertrophie de la compétence *ratione personae*, est aujourd'hui souvent retenu¹¹, il est désormais fréquemment concurrencé par un autre critère d'application fondé sur l'utilisation d'une monnaie en particulier. Plus précisément, une transaction intervenue entre deux entités non américaines pourra être considérée comme soumise à une mesure de sanction adoptée par le Gouvernement américain à l'encontre d'un Etat étranger dès lors que la monnaie employée pour le bénéfice de celle-ci était le dollar. L'utilisation de cette devise crée en effet un lien de rattachement, jugé suffisant, avec le territoire américain en ce que toute transaction en dollars doit nécessairement faire l'objet d'une compensation dans un établissement qui y est situé¹². A nouveau, le caractère très extensif de la compétence de la loi des Etats-Unis, qui rappelle la célèbre formule sur le « privilège exorbitant du dollar » est ici frappant.

⁸ Le texte est ainsi rédigé : « *The term person subject to the jurisdiction of the United States includes : (a) Any individual, wherever located, who is a Citizen or resident of the United States ; (b) Any person within the United States... ; (c) Any corporation, partnership, association, or other organization organized under the laws of the United States... and (d) Any corporation, partnership, association, or other organization, wherever organized or doing business, that is owned or controlled by persons specified in paragraphs (a) or (c) of this section* » (31 C.F.R. 515.239).

⁹ Sur l'affaire dite du gazoduc euro-sibérien à l'occasion de laquelle l'application de cette mesure à des sociétés européennes a été envisagée : B. AUDIT, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 401 ; R. ERGEC, *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc Euro-sibérien*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1984, ii-109 p.

¹⁰ C. GAVALDA, « L'efficacité juridique en France de l'*executive order* du président Carter 'gelant' les avoirs officiels iraniens », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 1979, p. 645 ; F. GIANVITI, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (*executive order* du 14 novembre 1979) », *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 279.

¹¹ Ce n'est pas systématique. Ainsi, s'agissant des sanctions américaines contre le Soudan, la compétence ne s'étend pas aux filiales étrangères de sociétés américaines : « *The term United States person means any United States Citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States, or any person in the United States* » (31 C.F.R. 538. 315).

¹² M. AUDIT, R. BISMUTH et A. MIGNON-COLOMBET, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G.*, 2015, 37 ; Y. QUINTIN, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *Droit Bancaire et Financier*, 2014, n° 5, pp. 17-20 ; P.L. LEE, « Compliance Lessons from OFAC Case Studies – Part I », *Banking Law Journal*, 2014, vol. 131, pp. 658-59. Voir ég. Pour une étude plus générale sur le dollar comme facteur de rattachement : S. KATZENSTEIN, « Dollar Unilateralism: The New Frontline of National Security », *Indiana Law Journal*, 2015, vol. 90, pp. 293-351.

Autre exemple, certaines législations de nature essentiellement pénale sont également fréquemment appliquées de manière extraterritoriale. Les règles nationales relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux constituent à ce titre un exemple pertinent et sont susceptibles d'avoir une incidence en matière d'arbitrage¹³. C'est ainsi que le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO)¹⁴ américain sanctionnant pénalement toute activité de « racket », cette notion étant très largement entendue, a une dimension extraterritoriale marquée. Ce texte vise en effet toute une série d'incriminations au rang desquelles figure le blanchiment et il s'applique dès lors qu'une personne en a été victime, même lorsqu'elle n'est pas de nationalité américaine¹⁵. On peut également mentionner le *Money Laundering Control Act*¹⁶, texte de droit américain s'appliquant également aux personnes de nationalité non américaine dès lors que les faits se sont au moins partiellement déroulés aux Etats-Unis¹⁷.

C'est un raisonnement très proche qui s'applique à la lutte contre la corruption, notamment celle qui concerne des agents publics étrangers. Il s'agit d'un domaine où l'extraterritorialité est également très fréquemment mise en œuvre¹⁸. A cet égard, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹⁹ est régulièrement mis en œuvre à l'encontre de sociétés non américaines et pour des faits commis en dehors du territoire américain²⁰. En réalité, lors de son adoption en 1977, le FCPA limitait son champ d'application aux sociétés ou personnes de nationalité américaine²¹ et il est intéressant de noter que c'est uniquement en 1998 que le texte a été amendé afin d'y inclure les personnes physiques ou morales étrangères²². L'existence d'un

¹³ K. KARSTEN, A. BERKELEY (eds.), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Publication, 2003 ; O. CACHARD, « Arbitrage et soupçons de blanchiment de revenus issus d'activités illicites », in Mélange J.-M. JACQUET, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 55-73 ; A. de LOTBINIERE MCDUGALL, « International Arbitration and Money Laundering », *Am. U. Int'L L. Rev.*, 2005, vol. 20, pp. 1021-1054 ; I. MICHOU, « Le financement des activités illicites », in W. BEN HAMIDA, T. CLAY (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Paris, Lextenso Ed., 2013, pp. 63-75.

¹⁴ US Code, Title 18, Chapter 96.

¹⁵ RICO (n 41), § 1964(c).

¹⁶ US Code, Title 18, Part I, Chapter 95, § 1956.

¹⁷ US Code, Title 18, Part I, Chapter 95, § 1956 (7)(f) : « *There is extraterritorial jurisdiction over the conduct prohibited by this section if – (1) the conduct is by a United States citizen or, in the case of a non-United State citizen, the conduct occurs in part in the United States ; and (2) the transaction or series of related transactions involves funds or monetary instruments of a value exceeding \$10,000* ».

¹⁸ S. LHOMME, D. DINNELL, « Corruption investigations by foreign regulators: what to keep in mind », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, suppl. JCP E, 2014, n° 51-52, pp. 20-25.

¹⁹ Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494, tel que codifié au 15 U.S.C. §§ 78a note, 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3, and 78ff (2012).

²⁰ Des auteurs ont recensé 28 cas de ce type : K. HAERI, T. CHANZY, « La situation des entreprises françaises face aux enquêtes de régulateurs étrangers », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2014, n° 9, p. 100.

²¹ R.W. TARUN, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook: A Practical Guide for Multinational General Counsel, Transactional Lawyers and White Collar Criminal Practitioners*, ABA, 2nd ed., 2012, p. 339.

²² *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* of 1998, Pub. L. No. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998). Cf. R.W. TARUN, *op. cit.*, p. 45. Ce texte étendant la compétence des autorités américaines pour mettre en œuvre le FCPA a en réalité été adopté à la suite de la ratification par le Sénat des

lien avec le territoire américain est toutefois toujours caractérisée pour mettre en œuvre le texte à leur endroit, mais celui-ci peut être l'existence d'un virement sur un compte bancaire aux Etats-Unis²³, l'échange d'emails avec un correspondant aux Etats-Unis²⁴ ou l'utilisation du dollar²⁵. Une cotation boursière sur le sol américain, notamment par l'intermédiaire d'un *American Depository Receipt*, est également constitutive d'un lien suffisant²⁶. Où l'on voit que pour être « suffisant » le lien n'en est pas moins fort ténu...

Mais le FCPA n'est pas le seul texte au monde en matière de corruption d'agents publics étrangers dont l'application est extraterritoriale. Au Royaume-Uni, le *U.K. Bribery Act* de 2010²⁷ s'applique aux faits de corruption intervenus n'importe où sur la planète, dès lors que la société en cause dispose d'un établissement ou d'une filiale en Grande-Bretagne²⁸, même si les actes ont été commis pour son compte par une entité qui n'est pas située sur le territoire britannique²⁹. Quant au droit canadien en la matière, sa portée extraterritoriale est certes moindre puisqu'il requiert un lien réel et substantiel entre les faits poursuivis et le Canada³⁰, mais elle n'en est pas pour autant inexistante. Enfin, le nouveau droit français en la matière, issu de la loi Sapin 2³¹, est également donné d'une certaine extraterritorialité, puisqu'il prévoit de s'appliquer, notamment, aux personnes « exerçant tout ou partie de (leur) activité économique sur le territoire français »³².

Par ailleurs, un autre ensemble de domaines, relevant plutôt de la régulation économique, sont eux aussi sujets à des raisonnements extraterritoriaux. Il en est ainsi, notamment du droit financier³³ ou du droit antitrust, dont les règles sont elles aussi fréquemment dotées d'un champ d'application extraterritorial.

Etats-Unis le 31 juillet 1998 de la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997.

²³ *United States v. Daimler Chrysler Auto. Russ. SAO*, No. 10-cr-64 (D.D.C. Mar. 22, 2010).

²⁴ *United States v. Panalpina World Transp. Ltd.*, No. 4:10-cr-769 (S.D. Tex. Nov. 4, 2010) ; *United States v. Syncor Taiwan, Inc.*, No. Cr. 02-1244 (C.D. Cal. Dec. 5, 2002).

²⁵ *United States v. Snamprogetti Neth. B.V.*, No. 10-cr-460 (S.D. Tex. July 7, 2010) ; *United States v. Technip S.A.*, No. 10-cr-439 (S.D. Tex. Jun. 28, 2010) ; *SEC v. Siemens AG*, No. 1:08-cv-2167 (D.D.C. Dec. 12, 2008). Voir plus généralement sur les chefs possibles d'application extraterritoriale du FCPA : *U.S. Dep't of Justice, Criminal Div. & U.S. Sec. & Exch. Comm'n, Enforcement Div., A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, 25 n.162.

²⁶ 15 U.S.C. § 78 dd-1.

²⁷ *Bribery Act*, 2010, c. 23 (U.K.). Sur ce texte, voir not. : K. HAERI, « Le UK Bribery Act : un nouvel instrument juridique de souveraineté », *D.*, 2011, pp. 2024-2024 ; S. MANNAL, « Complying with the U.K. Bribery Act : now's the time to act », *Droit & Affaires*, 2011, p. 135-139 ; J.-P. MEAN, « L'impact des règles anticorruption sur la pratique des investissements internationaux », *Droit & Affaires*, 2012, pp. 78-89.

²⁸ Art. 7(5) du UK Bribery Act.

²⁹ *Ibid.*, art. 8.

³⁰ *Corruption of Foreign Public Officials Act*, R.S.C. 1998, c. 34 (Can.).

³¹ 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, *JO* n° 287 du 10 décembre 2016.

³² Cf. les articles 435-6-2 et 435-11-2 tels qu'insérés dans le Code pénal par la loi Sapin 2 (nous soulignons).

³³ Voir par ex. : P. ATHANASIOU, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines. Une vue d'ensemble », *Rev. dr. banc. fin.* 2014, n° 16, p. 11 ; *adde*, les contributions sur cette question in *Rev. Dr. Banc. Fin.*, 2015, n° 6.

Pour s'en tenir à ce second exemple, tant les règles américaines qu'européennes adoptées en la matière ne fondent plus leur mise en œuvre sur une compétence *ratione personae* ; autrement dit, elles ne limitent pas leur application aux entreprises nationales, mais elles entendent également embrasser des sociétés étrangères dès lors que les agissements de celles-ci ont un effet sur leur marché national ou régional, s'agissant dans ce dernier cas de l'Union européenne. Cette théorie des effets fonde depuis longtemps l'application du droit antitrust des Etats-Unis³⁴ ; elle est également applicable en droit européen de la concurrence depuis l'affaire dite *Pâte de bois*³⁵.

Ce critère des effets permettant d'étendre l'application d'un texte à des entités étrangères n'est d'ailleurs pas limité au droit antitrust. Certaines réglementations en matière de transactions sur les marchés financiers en font également usage. Dans l'Union européenne, il en est ainsi notamment de la réglementation sur les produits dérivés échangés de gré à gré, c'est-à-dire en dehors d'un marché réglementé. Même lorsqu'elles interviennent entre deux entités situées en dehors du territoire de l'Union européenne, ces transactions sont susceptibles d'être assujetties à ladite réglementation dès lors qu'elles produisent un effet dans l'Union³⁶.

Dans un autre registre, le droit relatif à la protection des données personnelles a également été relativement récemment doté d'une application extraterritoriale, en tout cas celui de l'Union européenne. C'est ainsi que la Cour de justice a estimé que le droit européen en matière de données personnelles est applicable à une société américaine ayant une filiale sur le territoire de l'Union européenne³⁷.

³⁴ US Supreme Court, *United States vs. Aluminium Co. of America*, 148 F 2nd Cir. Voir par ex. : P. SELVIN, « L'application extraterritoriale des lois antitrusts américaines », *D. aff.* 1997, p. 1314.

³⁵ CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström c. Commission (dite Pâte de bois I)*, Aff. jointes 89/85 et autres, *Rec.* 1988, p. 5193 ; *JDI* 1989, p. 432, obs. M.-A. SAMSON-HERMITTE ; *JCP* 1990. II. 21429, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE et L. VOGEL ; *RTD eur.* 1989, p. 341, note L. IDOT. *Adde*, T. CHRISTOFOROU, « Le champ d'application territorial du droit communautaire de la concurrence : l'arrêt 'Pâte de bois' », *Rev. dr. aff. eur.* 1990, n° 1, p. 5. Voir déjà : CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, *Rec.* 1971, p. 949 ; CJCE, 29 février 1968, *Parke Davis c. Centrafarm*, aff. 24/67, *Rec.* 1968, p. 81. *Adde*, récemment, la décision relative au cartel du fret aérien condamnant des transporteurs européens et non-européens : CJUE, 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, aff. C-366/10, *Rec.* 2011, p. 13755. Voir ég. sur l'extraterritorialité du droit européen de la concurrence : F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2018, n° 4, pp. 42-46.

³⁶ Art. 4-1, a), v), et Cons. 23 du Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, *JOUE* L 201 du 27 juillet 2012, p. 1. Voir ég. : Règlement délégué (UE) n° 285/2014 de la Commission du 13 février 2014 complétant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant l'effet direct, substantiel et prévisible des contrats dans l'Union et la prévention du contournement des règles et obligations, *JOUE* L 85 du 21 mars 2014, p. 1.

³⁷ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12 ; *RTDE*, 2014, p. 879, note B. HARDY. Plus précisément, la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données indique s'appliquer lorsque le traitement des données est effectué sur le territoire d'un Etat membre « dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement » (art. 4-1, a)).

En matière de données électroniques, on peut également citer l'exemple de la loi fédérale américaine promulguée le 23 mars 2018 dite *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* ou *CLOUD Act* sur la surveillance des données personnelles³⁸. Celle-ci permet aux autorités de cet Etat de contraindre les fournisseurs américains de fournir les données demandées stockées sur des serveurs, qu'ils soient situés aux Etats-Unis ou dans des pays étrangers, et peu important que lesdites données concernent des personnes non-américaines ou domiciliées en dehors du territoire des Etats-Unis³⁹.

Ces quelques exemples permettent de mettre l'accent sur les incontestables difficultés que pose l'extraterritorialité à la fois dans son principe, mais aussi (et peut-être surtout) dans sa mise en œuvre. L'une des grandes particularités des normes extraterritoriales est en effet d'exposer leurs contrevenants à des sanctions. Celles-ci peuvent d'ailleurs être de différentes natures. Certains textes sont assortis d'une sanction administrative ou plus généralement pécuniaire, comme en matière de concurrence ou de protection des données personnelles par exemple, tandis que d'autres sont de nature pénale, s'agissant de la corruption ou du blanchiment notamment. Mais dans tous les cas, il existe une autorité, administrative, de régulation ou pénale qui est en charge de leur mise en œuvre. Plus encore, dans le litige international, se pose la question de leur impact sur la pratique arbitrale. Plus exactement, la question est celle de la manière dont un tribunal arbitral doit se comporter lorsque la mise en œuvre d'une telle norme est soulevée dans le débat dont il est saisi⁴⁰. Sur ce point, la question centrale est finalement de déterminer si le tribunal arbitral doit mettre en œuvre ou prendre en considération l'existence d'une telle norme affectant le litige dont il est saisi.

On le voit, les mesures à portée extraterritoriale ont donc en réalité trait à des matières très variées, posent des régimes juridiques variés et entraînent des sanctions variées. Il était dès lors particulièrement pertinent de croiser le regard de branches différentes du droit sur cet insaisissable objet d'analyse.

Tel est le but du présent ouvrage, issu d'une journée d'études doctorales. Réalisées uniquement par les doctorants de l'Ecole de droit de la Sorbonne, ces huit études n'épuisent certainement pas la question de l'extraterritorialité. Il reste que par l'originalité de leurs approches, par la diversité des matières couvertes

Or, la Cour de justice a estimé que Google Spain, filiale espagnole de la société américaine Google Inc., constitue un « établissement » au sens de cette dernière disposition et que le traitement des données personnelles par la société mère américaine est opéré dans le cadre des activités dudit établissement.

³⁸ H.R.4943 - CLOUD Act - 115th Congress (2017-2018).

³⁹ Sur l'extraterritorialité du *Cloud Act*, voir not. : R. BISMUTH, *JCP E*, 2018, n° 40, pp. 35-47 ; B. EGGRICKX, E. JOUFFRIN, *Banque et Droit*, Mars 2019, hors-série, pp. 19-22 ; O. DORGANS, *Rev. int. compl. éth. aff.*, 2018, 26 Suppl, p. 24-29 ; *adde*, M. ABADIE, E. JOUFFIN, « Extraterritorialité, sécurité nationale et libertés individuelles », *Banque et Droit*, 2018, n° 82, pp. 4-13.

⁴⁰ Voir not. : M. BLESSING, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, 75 p. ; K.-H. BÖCKSTIEGEL, « Applicable Law in Disputes Concerning Economic Sanctions: A Procedural Framework for Arbitral Tribunals », *Arb. Int'l*, vol. 30, 2014, p. 605 ; S. LAZAREFF, « Mandatory Extraterritorial Application of National Law », *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 137-150.

MATHIAS AUDIT ET ETIENNE PATAUT

elles en montrent en revanche une image fidèle dans sa diversité et sa complexité même. En cela, elles sont un témoignage éclatant non seulement de l'importance de la question, mais encore de la vigueur de la jeune doctrine française de droit international.

TABLE DES MATIERES

OUVERTURE

L'extraterritorialité Mathias AUDIT et Etienne PATAUT.....	5
1. QUELLE EXTRATERRITORIALITÉ ? JURIDICTION, POUVOIR, COMPÉTENCE	
La « juridiction » de l'Etat, levier de l'application extraterritoriale de la convention européenne des droits de l'homme Vincent BASSANI.....	17
Illicéité des actes à portée extraterritoriale au regard du droit international et protection des droits fondamentaux : les droits de l'homme en ont-ils terminé avec l'extraterritorialité ? Olivier BAILLET	43
La présomption contre l'extraterritorialité des lois américaines et le principe de séparation des pouvoirs Marco BUZZONI	63
De l'extraterritorialité en matière conventionnelle : retour sur les affaires <i>Front Polisario I</i> et <i>Western Sahara Campaign UK</i> Tuan-Arthur LY.....	77
2. QUELLE EXTRATERRITORIALITÉ POUR LE DROIT ECONOMIQUE ?	
L'extraterritorialité des sanctions économiques unilatérales américaines Marjolaine ABADA-FASQUELLE.....	107
L'extraterritorialité dans le contexte de la globalisation : l'exception deviendrait-elle la règle ? L'exemple des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et des accords-cadres internationaux Lisa AERTS.....	123
Surveillance des flux de données : juridiction ou compétences de l'Etat, des notions à refonder Milan TAHRAOUI.....	141
La dimension extraterritoriale de la protection des données personnelles en droit de l'Union européenne Vincent BRIDOUX.....	195

Objet de débats théoriques anciens, la notion même d'extraterritorialité est aujourd'hui en plein renouveau dans tous les domaines du droit international et européen, public comme privé. La notion même d'extraterritorialité évolue en effet parce que les notions même de territoire et de rattachement territorial ont beaucoup changé et parce que les domaines de l'intervention publique se sont largement diversifiés.

D'une part, certains États ont aujourd'hui recours à des modes unilatéraux d'application de certaines de leurs lois nationales, associés à des critères de rattachement particulièrement libéraux. D'autre part, les droits fondamentaux et le dense tissu de conventions internationales ont progressivement développé des champs d'application propres, forçant à s'interroger à nouveau non seulement sur le champ d'application des normes mais encore sur l'étendue et les limites des pouvoirs des États en la matière. Enfin, le développement, notamment dans le domaine économique, d'autorités administratives à l'activité internationale soutenue, impose de repenser la question du champ d'application des lois et des autorités.

Dès lors, alors que l'extraterritorialité paraissait dans certaines branches du droit comme un concept inutile et dépassé, il semble au contraire essentiel de croiser à nouveau les regards des différentes disciplines du droit international et européen sur le sujet.

C'est à l'analyse de ces mutations que se sont attelés professeurs et doctorants du département de droit international et européen de l'Ecole doctorale de droit de la Sorbonne.

ISBN 978-2-233-00943-2 30 €

IREDIÉS

L'EXTRATERRITORIALITE

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par télécopie: + 33 (0)1.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@orange.fr - **30 € l'ouvrage - Envoi par la poste, plus 5 €**

Le montant peut être envoyé par :

- Chèque bancaire
 Règlement sur facture

- Carte Visa

N°/...../...../.....

Référence : ISBN 978-2-233-00943-2

Cryptogramme

Date de validité.....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville Pays.....