

37 Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ?

Fin juin 2014 et pour que cessent les poursuites introduites à son encontre pour violation des mesures d'embargo adoptées par les États-Unis à l'encontre du Soudan, de l'Iran et de Cuba, BNP Paribas a accepté de transiger avec les autorités américaines pour un montant de près de 9 milliards de dollars. Le 22 décembre 2014, c'est le groupe français Alstom qui a accepté de régler une somme de 772 millions de dollars pour mettre un terme à l'action des autorités américaines pour violation de la législation de ce pays en matière de corruption d'agents publics lors de l'obtention d'un marché en Indonésie.

Ces deux affaires présentent la particularité commune d'avoir fait l'objet d'une transaction avec les autorités américaines pour un montant très important.

L'extraterritorialité du droit américain et ses conséquences sur les entreprises françaises a fait l'objet d'une table ronde à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense dans le cadre des Entretiens de droit international privé du Centre de droit international (CEDIN) le mardi 9 décembre 2014. Les lignes de force des échanges qui s'y sont tenus sont ici présentées.



Mathias Audit, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense

Régis Bismuth, professeur à l'université de Poitiers

Astrid Mignon-Colombet, avocate associée, Soulez Larivière & associés

? Quels sont ces textes de droit américain susceptibles d'affecter des entreprises françaises ?

Les règles américaines à portée extraterritoriale auxquelles sont exposées les entreprises françaises sont assez diverses. Ainsi, dans l'affaire *BNP Paribas*, les textes concernés étaient des mesures d'embargo adoptées à l'encontre d'États étrangers. Dans une affaire plus ancienne mais qui avait également eu un impact médiatique important, à savoir la procédure de *class action* diligentée contre Vivendi à partir de 2002, il s'agissait de manquements aux règles sur l'information boursière qui étaient à l'origine des poursuites (*V. Magnier, L'affaire Vivendi entre rêve américain et cauchemar : Rev. sociétés 2010, p. 367*). Un autre texte important ici est le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lequel incrimine depuis 1977 la corruption de fonctionnaires ou d'agents publics à l'étranger (*M. Audit, S. Bollée, P. Callé, Droit du commerce international et des investissements étrangers : LGDJ, 2014, n° 222*). Ce

texte fonde en particulier les poursuites contre le groupe Alstom. Les sanctions qui sont attachées à ces textes sont également diverses. On relève tout d'abord la possibilité d'une sanction civile, c'est-à-dire d'une indemnisation des éventuelles victimes des pratiques visées. C'était le risque principal dans l'affaire *Vivendi*. Ensuite, la sanction peut être également pénale. Tel était le cas dans les affaires *BNP Paribas* et *Alstom*. Enfin, il y a les sanctions que l'on peut qualifier d'administratives. Par exemple, BNP était exposée au risque de retrait de sa licence bancaire aux États-Unis.

? En quoi leur portée est-elle extraterritoriale ?

L'extraterritorialité du droit américain n'est pas un phénomène récent (*V. déjà L'application extraterritoriale du droit économique : Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1987*). On se souvient notamment de l'embargo imposé par les États-Unis à l'Union soviétique qui entendait comprendre dans son champ d'application *ratione per-*

sonæ les filiales européennes de sociétés américaines (*B. Audit, Extraterritorialité et commerce international, l'affaire du gazoduc sibérien : Rev. crit. DIP 1983, p. 401*). Aujourd'hui, c'est d'ailleurs moins les liens capitalistiques existant avec une société américaine que l'utilisation du système financier ou monétaire américain qui fonde les poursuites dans ce pays à l'encontre de sociétés françaises. À cet égard, la cotation sur le marché américain est un critère récurrent d'application extraterritoriale du droit des États-Unis. C'était le cas pour le groupe Alstom. Dans l'affaire *BNP Paribas*, la compétence extraterritoriale était, quant à elle, fondée sur l'utilisation du dollar comme monnaie dans les transactions incriminées et sur le constat que les paiements ont transité par le système bancaire des États-Unis. Le lien justifiant à l'heure actuelle le plus fréquemment l'application de règles américaines à des sociétés françaises pour des faits localisés en dehors du territoire des États-Unis est donc soit l'uti-

lisation de sa monnaie, et donc par l'effet de la compensation de son système bancaire, soit la présence sur son marché financier à la faveur d'une cotation. Ce renouveau de l'extraterritorialité américaine pourrait faire l'objet d'une réaction législative. Dans le passé, l'Europe avait tenté de protéger les entreprises européennes contre la loi *d'Amato-Kennedy* (cf. Règl. n° 2271/96, 22 nov. 1996), mais force est de constater que ni les autorités françaises, ni celles de l'UE paraissent enclines à adopter de nouvelles lois de blocage. Dès lors, les entreprises françaises sont contraintes d'entrer dans le processus de négociation propre à la justice américaine.

? En quoi consistent les deals de justice proposés aux entreprises françaises ?

Les entreprises françaises, par l'effet de l'application du FCPA de 1977 ou des lois sur les sanctions économiques, se voient proposer par les autorités américaines des procédures de justice négociée qui n'ont pas d'équivalent strict en droit français. Pour les entreprises, le *deal* de justice apparaît, en réalité, comme la moins mauvaise alternative face aux incertitudes et conséquences potentiellement dramatiques attachées à une mise en accusation puis à une éventuelle condamnation aux États-Unis. S'il existe un choix entre trois types d'accord, en pratique, le Département de la justice américain propose à l'entreprise poursuivie un accord qui prend notamment en compte la

gravité des faits reprochés et le degré de coopération de l'entreprise dans l'enquête (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*).

Ainsi, plus les faits sont estimés graves et plus la coopération avec les autorités est jugée faible, plus l'entreprise s'expose à conclure un *guilty plea*. Il s'agit d'un accord impliquant pour l'entreprise de reconnaître formellement sa culpabilité avec les conséquences potentiellement associées telles que les interdictions d'accès aux marchés publics. C'est précisément un *guilty plea* qui a été signé en 2014 par BNP Paribas et par Alstom SA. À la différence du *guilty plea*, le *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), littéralement accord de poursuite différée, ne matérialise pas un jugement de condamnation. Par cet accord, les poursuites sont initiées par le procureur mais sont immédiatement suspendues. L'entreprise accepte de régler une sanction financière, de reconnaître des éléments de fait (*Statement of Facts*), d'adopter des mesures de surveillance et de prévention (programme de *compliance*), pendant une durée variant entre une et quatre années, le plus souvent sous le contrôle d'un moniteur (*monitorship*). En contrepartie, elle espère l'extinction *in fine* des poursuites (*dismissal with prejudice*) (A. Mignon Colombet et F. Buthiau, *Le deferred prosecution agreement, une forme inédite de justice négociée* : JCP G 2013, doctr. 359, Étude). À la différence du DPA, le *Non Prosecution Agreement* (NPA) n'implique pas de poursuites contre l'entreprise même si le procureur conserve la possibilité de les initier pendant toute la durée de l'accord en cas de non-respect de celui-ci.

? Ces deals de justice emportent-ils des conséquences sur d'éventuelles procédures en France ?

Ces deals de justice sont problématiques dans l'hypothèse d'une procédure pénale ouverte en France pour les mêmes faits. En effet, la reconnaissance des faits pourrait être interprétée par le juge comme un aveu. Une telle qualification serait néanmoins contestable en raison des conditions particulières dans lesquelles les faits ont été recueillis par l'accord. Mais, à supposer que le *Statement of Facts* soit considéré comme un élément de preuve parmi d'autres, la difficul-

té subsiste dès lors que ces accords contiennent en général une clause interdisant à l'entreprise de contester ces faits dans une procédure à l'étranger, à peine de rupture de l'accord. Par l'effet de cette clause, l'entreprise est donc privée de la possibilité de se défendre sur les faits de la poursuite, ce qui paraît incompatible avec les principes de discussion des preuves et du procès équitable. En amont, c'est la pratique des multiples poursuites à l'encontre des entreprises pour les mêmes faits qui apparaît inconciliable avec la règle *non bis in idem* consacrée par les conventions internationales. En effet, cette règle, qui interdit de poursuivre ou de punir une personne deux fois pour les mêmes faits, est inscrite dans la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers (art. 4, § 3) et dans le Pacte interna-

« Ces deals de justice sont problématiques dans l'hypothèse d'une procédure pénale ouverte en France pour les mêmes faits. »

tional sur les droits civils et politiques de 1966. En particulier, la Convention OCDE invite les États à se concerter pour déterminer celui qui est le mieux à même d'exercer les poursuites. Ainsi, la pratique des multiples poursuites pour les mêmes faits paraît difficile à justifier dès lors que la répression d'une infraction est organisée dans le cadre de conventions internationales.

? Par ailleurs, l'extraterritorialité du droit américain est-elle contestable au regard du droit international public ?

Les sanctions américaines peuvent cibler des entreprises étrangères pour des activités réalisées en dehors du territoire des États-Unis. Elles ne peuvent donc, en droit international, se fonder sur la compétence territoriale ou personnelle de l'État. Elles ne peuvent davantage se fonder sur la théorie des effets, celle-ci requérant que les effets, sur le territoire américain, des activités conduites à l'étranger soient directs, prévisibles et substantiels. Ainsi, le choix des États-Unis d'exercer leur compétence sur des transactions libellées en dol-

À noter

Dans un contexte économique globalisé, les praticiens du droit ont très souvent recours aux techniques du droit international privé, ce qui conduit à en renouveler la pratique. Fort de ce constat, le CEDIN de l'université Paris-Ouest Nanterre organise les Entretiens de droit international privé afin d'ouvrir aux praticiens et aux universitaires un lieu d'échanges autour de cette matière.

Le prochain atelier sera consacré à l'anticipation successorale.

lars faisant l'objet d'une opération de compensation sur le territoire américain (tel que dans l'affaire *BNP Paribas*) est contestable (USA v. *BNPP*, *Statement of Facts*, 28 juin 2014, §§ 34 et s., www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf).

L'opération de compensation sur le territoire américain étant accessoire à la transaction litigieuse réalisée à l'étranger, elle ne peut suffire à établir l'exercice d'une

« *action over the persons controlling them* » (*International Legal Materials*, vol. 21, 1982, p. 894).

? Quels mécanismes internationaux de règlement des différends sont envisageables afin de la contester ?

Le caractère asymétrique des deals de justice mettant en œuvre ces sanctions rend difficile un débat sur le bien-fondé de l'exercice de la compétence américaine sur les opérations litigieuses. Si des lois de blocage peuvent être adoptées afin de neutraliser les effets extraterritoriaux du droit américain (par ex. le Régl. (CE) n° 2271/96 préc.), seuls des mécanismes interétatiques de règlement des différends permettraient de les contester au fond.

Celui de l'OMC, auquel l'UE pourrait recourir, constitue une option intéressante. Puisque ces sanctions impliquent des restrictions commerciales avec les États-Unis, elles sont susceptibles de violer certains accords de l'OMC (en particulier le GATT, le GATS et de l'Accord sur les Marchés publics). D'ailleurs, les Communautés européennes avaient eu recours aux procédures de règlement des différends de l'OMC en 1996 en réponse à la loi *Helms-Burton* qui renforçait les sanctions contre Cuba (OMC, *États-Unis Helms-Burton*, WT/DS38/1, 13 mai 1996). Cette initiative avait permis d'assouplir la position américaine vis-à-vis des entreprises européennes. La France pourrait aussi contester cette extraterritorialité sur le fondement de la Convention franco-américaine d'établissement conclue le 25 novembre 1959 (JO 15 déc. 1960, p. 11220) qui indique que chacune des parties doit accorder un « *traitement équitable* » aux ressortissants et sociétés de l'autre État (art. 1^{er}). Cette convention prévoyant la compétence de la Cour internationale de justice en cas de différend (art. 16.2), la France pourrait dès lors élever les contentieux visant ses entreprises devant cette juridiction. ■