

## Que faire face à l'extraterritorialité du droit américain ?

Alors que la guerre économique s'intensifie dans un contexte international volatil, les entreprises françaises contraintes au niveau normatif sont prises en étau entre des entreprises chinoises faisant fi des règles sociales et environnementales et la puissance américaine qui instrumentalise le droit pour soutenir ses entreprises, aussi bien à l'étranger que sur le sol américain. La position américaine repose sur la contradiction suivante : d'une part les Etats-Unis veulent créer et imposer un droit de manière la plus universelle possible (le Droit américain), d'autre part, à l'opposé de cette forme de juridisation, les Américains refusent d'appliquer de nombreux pans du droit international. Ainsi, ce pays n'a ratifié que 2 conventions fondamentales (conventions internationales du travail) sur 8.

Dans ce contexte de rapport du faible au fort les entreprises françaises, qui ne peuvent bénéficier d'un soutien institutionnel efficace (puissance publique française défaillante, impuissance européenne...), doivent éviter la confrontation directe et agir sur des échiquiers connexes. Sur l'échiquier social, leur action pourra prendre la forme d'une guérilla informationnelle visant les multinationales américaines et asiatiques afin d'opérer une manœuvre d'encercllement qui ait un impact international réel

### **Le rapport Berger Lellouche : un constat alarmant**

Les députés Karine Berger (PS, Hautes Alpes) et [Pierre Lellouche](#) (LR, Paris) ont rendu le 5 octobre 2016 le rapport de la mission qui leur avait été confiée par l'Assemblée Nationale sur l'extraterritorialité du droit américain. ([1](#))

Ce rapport a été peu commenté dans la presse, hors la presse spécialisée (Les Echos, Le MOCI). Ce silence rappelle celui qui a suivi le démontage par l'EGE des dessous du « dieselgate » qui avait impacté l'entreprise Volkswagen...

Pourtant, il décrit une situation où les entreprises européennes se voient infliger de lourdes pénalités financières par le Department of Justice des Etats-Unis, (DOJ) pour violation du Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) .

Selon le rapport : *« Les pénalités infligées ont « explosé » à partir de 2008. En l'espace de quelques années, le montant total des amendes versées par les entreprises européennes, principalement visées par ces amendes, représente plus de 20 milliards de dollars. »*

Le tableau ci-dessous (publié par le blog Temps réel du Nouvel Observateur) montre que les sanctions infligées au titre de du FCPA touchent presque exclusivement des entreprises européennes.

### Les plus gros montants de pénalités au titre de la loi FCPA

Entreprise	Pays (du siège social de la société de tête au moment des faits incriminés)	Montant global (DoJ et/ou SEC) des pénalités versées aux États-Unis (millions de dollars)	Pénalités versées à des juridictions non-américaines pour les mêmes faits (millions de dollars)	Année de la transaction
<b>Siemens</b>	<b>Allemagne</b>	<b>800</b>	<b>856</b>	<b>2008</b>
<b>Alstom</b>	<b>France</b>	<b>772</b>		<b>2014</b>
Olympus (America)	Japon/États-Unis <sup>(1)</sup>	646		2016
KBR/Halliburton	États-Unis	579		2009
<b>BAE Systems</b>	<b>Royaume-Uni</b>	<b>400</b>		<b>2010</b>
<b>Total</b>	<b>France</b>	<b>398</b>		<b>2013</b>
<b>Vimpelcom</b>	<b>Pays-Bas</b>	<b>398</b>	<b>398 environ</b>	<b>2016</b>
Alcoa	États-Unis	384		2014
<b>Snamprogetti/ENI</b>	<b>Italie/Pays-Bas</b>	<b>365</b>		<b>2010</b>
<b>Technip</b>	<b>France</b>	<b>338</b>		<b>2010</b>
Weatherford International	États-Unis	252		2013
<b>Panalpina</b>	<b>Italie</b>	<b>237</b>		<b>2010</b>
JGC	Japon	219		2011
<b>Daimler</b>	<b>Allemagne</b>	<b>185</b>		<b>2010</b>
<b>Alcatel-Lucent</b>	<b>France</b>	<b>137</b>		<b>2010</b>
Avon	États-Unis	135		2014
Hewlett-Packard	États-Unis	108		2014

(1) Olympus est japonais, mais il semble que seule sa filiale Olympus Corporation of the Americas, dont le siège est sur le sol américain, ait été poursuivie.

#### Les contradictions du bras séculier du droit américain, le DOJ

Le Department of Justice des Etats-Unis affirme froidement sur son site

<https://www.justice.gov/about> que sa mission est d'appliquer la loi et de **défendre les intérêts des Etats-Unis** en s'appuyant sur la loi (*To enforce the law and defend the interests of the United States according to the law.*)

Dans ce contexte, il a entre autres pour objectif stratégique de « *Investigate and prosecute corruption, economic crimes, and transnational organized crime* »

Le DOJ est, selon le Huffington Post, « *the largest and toughest enforcer of corporate anti-corruption laws* », lois qui ne sont pas appliquées avec la même assiduité par tous les partenaires commerciaux des Etats-Unis. Il peut être intéressant de noter que l'agent du DOJ qui avait « fait tomber » ALSTOM a reçu une promotion (2) et que le montant des amendes perçues sert à « *l'auto-alimentation du système judiciaire américain* » (3) Bien sûr, « *DOJ adheres to the highest standards of ethical behavior, cognizant that, as custodians of public safety, its motives and actions must be beyond reproach* »

C'est donc un mélange bien américain de vertu autoproclamée et de défense avouée de l'intérêt national, aux frais des contrevenants européens à la loi américaine, qui s'apparente, au mieux à la guerre de course, au pire, au racket.

#### Les contradictions du futur POTUS

Le DOJ est placé sous l'autorité du ministre fédéral de la Justice, l'Attorney General. (AG). L'Attorney General est nommé par le président des Etats-Unis (President of the United States POTUS), sous réserve de confirmation par le Congrès.

Etant entendu que l'AG pressenti par Donald Trump est un membre de la Chambre des Représentants sudiste connu pour avoir essayé de faire tomber Hillary Clinton lorsqu'il présidait la commission d'enquête parlementaire sur les attentats de Benghazi qui avaient coûté la vie à quatre diplomates Américains. Ce Trey Gowdy ne semble pas avoir d'autre titre que la faveur de Donald Trump à éventuellement occuper le poste d'Attorney General. Quant à l'AG pressentie par Hillary Clinton, c'est l'actuelle titulaire du poste, ancienne procureure de l'Etat de New York, Loretta Lynch, connue pour avoir attaqué une FIFA qui venait de préférer la Russie aux Etats-Unis pour l'organisation du prochain Mondial de Football (4) et surtout pour être à l'écoute de l'industrie financière US, et abuser de la saisie de biens dite [Civil asset forfeiture](#).

Peu avant d'être désignée par Hillary Clinton comme son choix pour le poste d'AG, elle avait annoncé qu'elle n'engagerait pas de poursuite contre la candidate Démocrate dans l'affaire dite des emails, annonce survenue peu après un rapide entretien avec Bill Clinton, dans un avion, sur le tarmac d'un aéroport. (5), contact qui permet les pires suppositions (6). Donc, l'AG dépend étroitement du POTUS, et cette dépendance est en soi susceptible de poser problème.

Le tableau ci-dessous donnera une idée des faits documentés qui montrent que le (ou la) futur(e) patron(ne) du DOJ, n'a pas forcément *the highest standards of ethical behavior* auxquels cette organisation se flatte d'adhérer. En fait, les deux candidats en lice pour la présidence américaine de 2016 tombent sous le coup de la loi américaine.

	Clinton	Trump
Violation des embargos	<ul style="list-style-type: none"> <li>Grâce accordée à Mark Rich (2001) (9)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Cuba (1999) (4)</li> </ul>
Enrichissement personnel	<ul style="list-style-type: none"> <li>Whitewater Programm (1993) (8)</li> <li>Uragate (2011) (1)</li> <li>Lauereate (10) International University (2010-2015)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Usage du Bankruptcy Act (5)</li> <li>Fraude fiscale dans le casino Taj mahal (6)</li> </ul>
Corruption	<ul style="list-style-type: none"> <li>Travelgate (1993) (7)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>AG Floride (2016) (3)</li> </ul>
Point Faible	<ul style="list-style-type: none"> <li>Fondation Clinton... (7)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Positions anti-FCPA,</li> <li>Directeur de campagne (Paul Manafort) épinglé par la justice (2)</li> </ul>

Le contexte décrit supra montre qu'il est indispensable, pour les entreprises françaises, de se soustraire à un système pénal américain dont on a de bonnes raisons de penser qu'il est biaisé, et qu'il le sera encore plus après l'élection du prochain président des Etats-Unis. Comme la classe politique française ne semble pas avoir pris suffisamment conscience du problème, c'est vers elles-mêmes que les entreprises françaises doivent se tourner.

## Les positions dominantes du droit américain dans le droit international des affaires

### Les notions essentielles

« *Les positions dominantes* » :

On parle de position dominante pour qualifier la relation d'un acteur vis-à-vis d'un autre acteur ou d'un groupe d'acteur. La grande diversité des domaines inclus dans le droit international des affaires explique l'utilisation du pluriel dans l'expression « les positions dominantes ». La domination d'un acteur consiste en sa capacité à imposer sa volonté de puissance ou d'expansion à un autre acteur via l'utilisation d'outils divers. (1)

Le fait de parler « des positions dominantes » implique le caractère pluriel de l'expression de cette domination : différentes échelles, différents outils, différentes zones d'action.

« *Droit américain* » :

Le droit américain, par opposition au droit français, est d'inspiration juridique britannique. Il donne une place plus importante que le droit européen continental à la jurisprudence et à l'arbitrage : les décisions du juge sont force de loi, ce qui crée le corpus juridique de la jurisprudence.

Le droit américain est divisé en deux entités : le droit fédéral régi par la Cour Suprême, et le droit particulier de chaque Etat fédéré. On distingue quatre sources de droit : la Constitution, la législation émanant du système parlementaire, la réglementation administrative et la « common law ». (2)

« *Droit international des affaires* » : le droit international des affaires est une appellation très large regroupant plusieurs branches différentes du droit privé (3):

- Droit international des sociétés
- Droit international de la concurrence
- Droit international bancaire
- Droit international cambiaire
- Droit international de la propriété intellectuelle

### Contexte

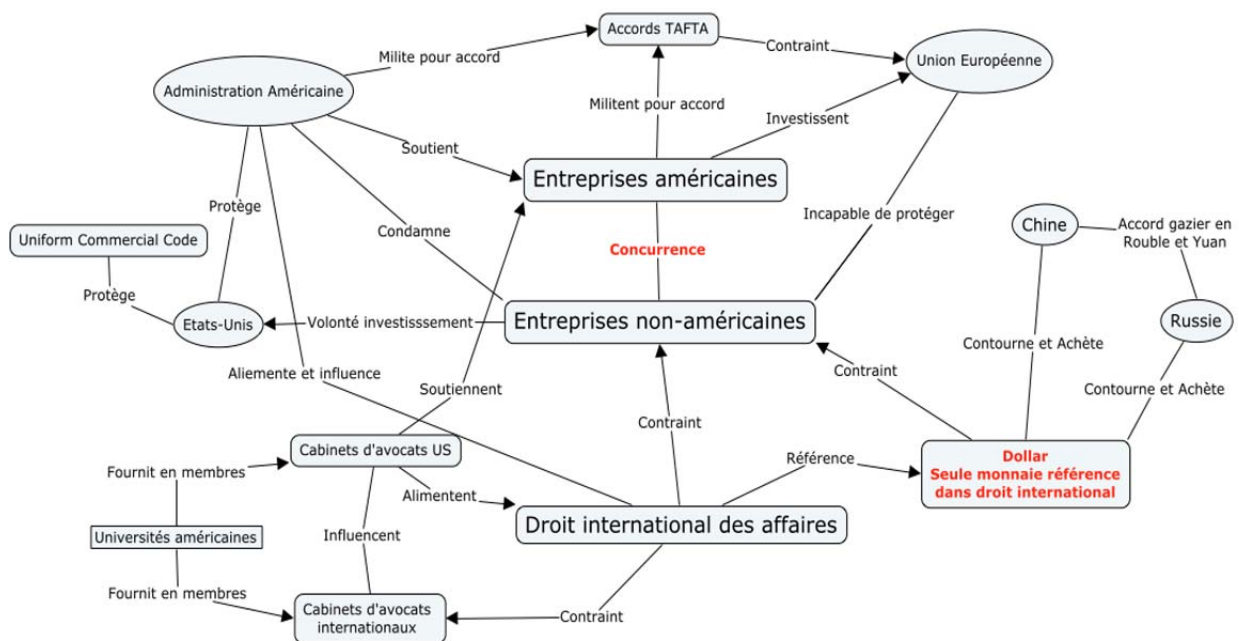
Dans un contexte de globalisation commerciale et financière accentuée ces vingt dernières années, la puissance des entreprises est de plus en plus fragiles, les Etats-Unis, agissant ainsi comme une puissance normative, se sont donc dotés d'un outil de projection de puissance : le droit, comme soutien de ses entreprises sur le sol américain et à travers le monde.

Pourquoi le droit des affaires est un outil de puissance pour les Etats-Unis ? Il faut partir des éléments suivants :

- **Affirmation du pouvoir des Etats-Unis** via l'utilisation des firmes transnationales et des entreprises américaines : volonté d'accroissement de puissance par l'économie.
- **Contexte de libéralisation massive des échanges, des relations commerciales entre Etats (4)**
- Le désengagement progressif de la puissance militaire américaine a contribué à renforcer **l'engagement des Etats-Unis vis-à-vis d'autres outils de puissance.**

- Intensification des échanges, de l'internationalisation des entreprises : La **mondialisation**. Ouverture du commerce international : degré d'ouverture des économies est passé de 12% à plus de 25% entre 1970 et 2010 (5)
- **Augmentation des interdépendances et des vulnérabilités** : le premier acheteur dans le monde de dollar et d'euros est la République Populaire de Chine (6)
- **Augmentation des logiques concurrentielles** :
  - o Affrontement juridique entre Apple et Samsung autour de la propriété intellectuelle.
  - o Augmentation du protectionnisme à travers le monde que ce soit aux Etats-Unis avec l'Uniform Commercial Code (UCC) et la difficulté de prise de participation dans les entreprises américaines pour les étrangers (7) (7bis) ou en Europe, avec les barrières tarifaires non douanières.
- **Volonté américaine d'harmonisation des normes de marchés** pour favoriser la pénétration par les entreprises américaines des marchés étrangers et notamment européens : le cas du Traité Transatlantique ou Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) ou encore Transatlantic Free Trade Agreement (TAFTA) (8).

### Cartographie des acteurs présents



La cartographie ci-dessus représente les différents acteurs impliqués, ces derniers peuvent être distingués en deux grands groupes, dont les stratégies divergent, ce que nous verrons par la suite.

En premier lieu, le **système de puissance américain** regroupe :

- **Les entreprises américaines**
- L'administration américaine
- Les universités américaines
- Les cabinets d'avocats américains
- Les Etats-Unis en tant que marché d'investissement
- Le dollar comme monnaie de référence des échanges commerciaux internationaux
- Les accords TAFTA comme outil de projection de puissance américaine et tête de pont des entreprises américaines sur le marché européen.

Dans un second temps, le groupe des **adversaires** rassemble les acteurs contraints par la puissance américaine et ceux souhaitant la combattre ou la contourner :

- Les entreprises non-américaines (exemples ci-dessous)
- L'Union Européenne et sa société civile
- La Russie / La Chine

### **Le Droit en appui à l'influence**

Les Etats-Unis d'Amérique ont une stratégie globale d'accroissement de la puissance par l'économie. (9) Cet accroissement de puissance passe par une volonté de domination complète du droit américain sur le droit international des affaires, et ce, pour soutenir l'hégémonie des entreprises américaines sur les marchés internationaux. L'intention des Etats-Unis vise est d'assurer une position concurrentielle dominante au niveau mondial en s'imposant comme référence juridique au sein du droit international des affaires.

On peut distinguer deux types de tactiques :

Une **tactique offensive** menée par les entreprises américaines dans le monde :

+ Entreprises américaines : agressivité envers les entreprises non-américaines : « *Ainsi PSA a perdu en 2012 un marché qui représentait 20% de sa production totale : l'Iran. En effet, suite à l'entrée de General Motors dans le capital du groupe français, l'executive order act signé dans la foulée contraignait ce dernier à se retirer du marché iranien en moins d'un mois* » Ce genre de stratégie est rendue possible par l'absence de codification et la prépondérance de la jurisprudence au sein du droit international des affaires. (10)

L'Administration américaine, et notamment le *Department of Justice*, la *Securities and Exchange Commission* (11) condamnent, via une extraterritorialité de son droit, les entreprises non-américaines ne respectant pas l'embargo américain. On peut citer HSCB, qui en ne respectant par l'embargo américain en Iran, Cuba et Soudan et en libellant ses opérations dans ses pays en dollars s'est vue condamnée à payer une amende de 9 milliards de dollars et surtout l'interdiction de commercer en dollar dans les secteurs de l'énergie. Cet exemple évoque parfaitement la substitution du droit américain au droit international des affaires. (12) (13) L'Administration américaine milite de même pour la signature des accords TAFTA qui permettraient l'alignement des normes du marché européen sur celles du marché américain et surtout permettrait aux entreprises américaines d'attaquer, en justice, les Etats européens via les tribunaux d'arbitrages. (14) Les cabinets américains d'avocats, ils fournissent les acteurs qui interviendront dans la négociation des accords TAFTA, les arbitrages internationaux.

Une **tactique défensive** de protection du centre de gravité américain est menée par l'administration américaine et des acteurs adjoints. Cette dernière empêche, par le droit fédéral américain, l'investissement étranger sur le sol américain dans les secteurs stratégiques via le *Uniform Commercial Code* et un protectionnisme masqué. (15) (16)

L'appareil de justice américaine produit du contenu juridique, de la jurisprudence à visée internationale : la *common law*. (17)

Les universités américaines relayent le contenu juridique de la *common law* et produit des cadres américains du droit international des affaires, ces cadres vont ensuite fournir les rangs dans grands cabinets internationaux de droit des affaires et d'arbitrage, en UE notamment. (18)

Le dollar, comme monnaie de référence des échanges internationaux, contraint les entreprises non-américaines à visée internationale d'effectuer leurs échanges en dollar et non dans leurs monnaies propres. (19)

Ces deux tactiques ont pour seul objectif de permettre aux entreprises américaines de maintenir et d'accroître leurs influences sur les marchés internationaux, et ce face à leurs concurrentes étrangères, grâce à une stratégie d'encercllement du droit international des affaires par le droit américain.

### **La réaction des adversaires potentiels**

Les différentes stratégies des acteurs adversaires multiples, peuvent s'illustrer avec les trois exemples suivants : L'Union Européenne, la Russie et la Chine.

La stratégie de l'Union Européenne de lutte contre l'influence du droit américain dans le droit international des affaires est quasiment nulle. De fait, la plasticité inhérente aux domaines géo-économiques et concurrentiels s'accommodent plus facilement de la *common law* et de la jurisprudence que du droit latin, codifié, institutionnel. (20)

De plus, l'adhésion des élites intellectuelles, politiques et économiques européennes aux accords TAFTA témoigne de l'influence des principes du droit américain privé, et donc du droit international des affaires sur les mentalités et les modes de fonctionnement de ces dites élites.

Cette adhésion des élites (21) explique ainsi l'absence de défense de l'UE en général et de la France en particulier face à cette prééminence du droit américain dans le droit international des affaires.

La Russie pratique un protectionnisme assumé et soutenu par son droit commercial national: exemple de l'embargo russe vis-à-vis des produits agro-alimentaires américains depuis aout 2014. (22) De plus, la Russie effectue un contournement du dollar comme monnaie de référence des échanges internationaux : signature d'un accord gazier entre Russie et Chine pour un montant de 400 milliards de dollars le 8 mai 2015. (23)

En étant le premier acheteur mondial de dollars, la République Populaire de Chine (RPC) attaque le système américain de droit international des affaires dans ses fondements : en effet, en prenant progressivement le contrôle du pilier des échanges internationaux, la RPC évite la logique d'affrontement mais augmente sa capacité de nuisance et d'indépendance vis-à-vis des Etats-Unis et des entreprises américaines.

Cette indépendance se concrétise par la signature d'un accord gazier, avec la Russie, d'un montant de 400 milliards de dollars, libellé en Yuan et en Rouble. (24)

Les Etats-Unis et leur droit national ont réussi à occuper des positions dominantes dans le droit international des affaires. Si les accords TAFTA sont effectivement ratifiés, cela signifiera que le droit américain aura définitivement placé ses principes de droit comme références du droit international des affaires : du jugement, l'Europe passera à l'arbitrage dans les relations entre entreprises et Etats, mais aussi entre entreprises américaines et européennes.

Rodolphe Buis  
Octobre 2015

## Bibliographie

- 1 – *Comprendre la Géopolitique*, Frédéric Encel, 2011, Editions Seuil, Points Essais.
- 2 – *Entretiens avec Sixtine Bousquet* des 19 et 23 octobre 2015, Avocate au Barreau de New York, spécialisation Droit de la mode, actuellement en Stage à la Cour Suprême de New York
- 3 – *Cours d'introduction au droit privé*, Faculté de Droit Virtuelle, Université Jean Moulin Lyon 3.
- 4 - « *Cinquante nuances de libéralisation* » par Raoul Marc Jennar, in Monde Diplomatique Juin Juillet 2015
- 5 – *Cours de relations économiques internationales*, de Denis Delgay-Troise, Université Rennes 2
- 6 – *Cours de géo-économie*, du 28 octobre 2015 par Nicolas Mazzucchi, Ecole de Guerre Economique
- 7 – *Entretiens avec Sixtine Bousquet* des 19 et 23 octobre 2015, Avocate au Barreau de New York, spécialisation Droit de la mode, actuellement en Stage à la Cour Suprême de New York
- 7 bis – Uslegal.com catégorie UCC : Uniform Commercial Code  
URL : <http://uniformcommercialcode.uslegal.com>
- 8 – « Edito : l'influence américaine dans le dispositif européen du TTIP », publié le 05 novembre 2014 dans Culture et influence, in infoguerre.fr  
URL : <http://www.infoguerre.fr/culture-et-influence/edito-linfluence-americaine-dans-le-dispositif-europeen-du-ttip-5544>
- 9 – *Cours de Rapport de force*, de Christian Harbulot, octobre 2015, Ecole de Guerre Economique
- 10 – « *Sanctions américaines records : un moyen pour les Etats-Unis de contrôler leur environnement concurrentiel économique* » par Angéline Steinbach, publié le 27 octobre 2015, in portaidelie.fr  
URL : <http://www.portail-ie.fr/article/1293/Sanctions-americaines-records-un-moyen-pour-les-Etats-Unis-de-controler-leur-environnement-concurrentiel-economique>
- 11 – « *Affaire BNP Paribas : quand le droit américain se substitue au droit international* », publié le 30 juin 2015, in agoravox.fr  
URL : <http://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/affaire-bnp-paribas-quand-le-droit-169183>
- 12 – « *BNP : 4 questions pour comprendre la sanction record infligée par les Etats-Unis* » par Bénédicte Tassart et Héloïse Leussier, publié le 29 juin 2014, in RTL.fr



URL : <http://www.rtl.fr/actu/economie/bnp-4-questions-pour-comprendre-la-sanction-record-infligee-par-les-etats-unis-7772923205>

13 – « *Affaire BNP Paribas : quand le droit américain se substitue au droit international* », publié le 30 juin 2015, in agoravox.fr

URL : <http://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/affaire-bnp-paribas-quand-le-droit-169183>

14 – « *Comprendre les accords TAFTA en 8 points* », par Pierre Ropert, le 10 juillet 2015, in France Culture.fr

URL : <http://www.franceculture.fr/2015-07-10-comprendre-le-tafta-en-8-etapes>

15 – *Entretiens avec Sixtine Bousquet* des 19 et 23 octobre 2015, Avocate au Barreau de New York, spécialisation Droit de la mode, actuellement en Stage à la Cour Suprême de New York.

16 – *Cours de géo-économie*, du 28 octobre 2015 par Nicolas Mazzucchi, Ecole de Guerre Economique

17 – *Entretiens avec Sixtine Bousquet* des 19 et 23 octobre 2015, Avocate au Barreau de New York, spécialisation Droit de la mode, actuellement en Stage à la Cour Suprême de New York.

18 – Ibid

19 – *Cours de géo-économie*, du 28 octobre 2015 par Nicolas Mazzucchi, Ecole de Guerre Economique

20 – Ibid

21 – Liste des « young leaders » de la French American Fondation.

URL : <http://www.frenchamerican.org/youngleadersclasses>

22 – « *Sanctions contre la Russie, Moscou contre attaque* », publié le 7 Août 2014, in nouvelobs.fr

URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/ukraine-la-revolte/20140807.OBS5781/sanctions-contre-la-russie-moscou-contre-attaque.html>

23 – « *Le grand rapprochement Russie-Chine* », par Pierre Magnan, publié le 18 mai 2015, in Geopolis francetvinfo.

URL : <http://geopolis.francetvinfo.fr/le-grand-rapprochement-russie-chine-61939>

24 – Ibid