

L'EUROPE FACE AUX SANCTIONS AMÉRICAINES, QUELLE SOUVERAINETÉ ?



Ce texte est le produit d'un atelier qui a réuni **MARIE-HÉLÈNE BÉRARD**, banquier-conseil, **FARID FATAH**, doctorant en droit, **PASCAL LAMY**, président emeritus de l'Institut Jacques Delors, **LOUIS SCHWEITZER**, président d'honneur de Renault et **PIERRE VIMONT**, senior fellow Carnegie Europe.

Si l'on en croit le dernier discours de Jean-Claude Juncker sur l'État de l'Union, en septembre 2018 : « *L'heure de la souveraineté européenne a définitivement sonné* ».

Comme pour lui donner raison, Donald Trump l'affirmait quelques semaines plus tard devant l'Assemblée Générale des Nations Unies : « *Responsible nations must defend against threats to sovereignty* ».

Et pourtant, le 4 novembre prochain, les Européens seront frappés par de nouvelles sanctions américaines extraterritoriales à la suite du retrait, décidé par le Président américain, de l'accord nucléaire avec l'Iran, dit JCPOA (Joint Comprehensive Plan Of Action). Il en va de même avec la Russie à partir du moment où les sanctions américaines vont au-delà de celles qui avaient été décidées conjointement avec l'Union européenne.

Bien maigre souveraineté !

Par extraterritorialité, on entend généralement l'utilisation unilatérale par un État des instruments pris en vertu de ses compétences souveraines pour faire appliquer sa propre loi, dans un territoire autre que le sien, pour des actions commises hors de son territoire, par des entités ou personnes relevant d'autres pays. C'est bien le cas lorsque les États-Unis appliquent à des entités et personnes non-américaines des normes et des sanctions décidées par eux seuls.

L'entreprise ou le particulier dit coupable est puni au moyen de l'un quelconque de ses liens de rattachement à la compétence juridictionnelle des États-Unis : par exemple, une transaction en dollar ou une filiale sur le territoire américain.

Dans ces conditions, l'Union européenne doit-elle, au nom de sa souveraineté, remettre en cause cette pratique que se sont octroyée les États-Unis de décider seuls pour le reste du monde. Si oui, comment ? Si non, que faire ?

1 . LA SITUATION AMÉRICAINE

- L'extraterritorialité telle que pratiquée par les autorités américaines repose sur un système efficace parce que cohérent. Tous les rouages du processus, une fois les décisions législatives et/ou réglementaires prises, travaillent ensemble en parfaite adéquation depuis le pouvoir législatif jusqu'au juge civil ou pénal en passant par le Trésor, le département d'État, les agences fédérales et les services de renseignement. C'est une forme sophistiquée et exceptionnelle de la diplomatie juridique, sans équivalent dans le monde.
- Les États-Unis pratiquent deux types de mesures extraterritoriales :
 - celles résultant de l'application du *Foreign Corrupt Practices Act*, loi fédérale de 1977. Par exemple Siemens en 2008 et récemment Sanofi, laboratoire pharmaceutique français, soupçonné de corruption pour les activités de ses filiales au Kazakhstan, sanctionné par l'autorité de régulation des marchés boursiers américains ;
 - celles liées à un embargo décidé unilatéralement par les États-Unis : des sanctions américaines furent ainsi imposées aux banques BNP-Paribas en 2014 et Deutsche Bank en 2015.
- Les mesures extraterritoriales américaines ont trois fondements juridiques principaux :
 - La lutte contre la corruption, à la fois par moralité et pour placer les entreprises sur un pied d'égalité.
 - Le respect des différentes réglementations américaines : fraude fiscale, réglementation des exportations, concurrence, blanchiment, règles comptables etc.
 - La « sécurité nationale », qui permet toutes les interprétations. Si, dans le passé, Europe et États-Unis ont souvent partagé la même approche sur le contenu à lui donner, l'Iran présente aujourd'hui un cas singulier.

La logique des mesures américaines est fondée sur le raisonnement suivant : d'une part, dès lors que les entreprises américaines doivent obéir aux règles que décident les États-Unis, il doit en être de même pour leurs concurrentes étrangères, sauf à conférer à ces dernières un avantage compétitif indu ; d'autre part, continuer à commercer avec un pays sanctionné est contraire aux intérêts des États-Unis et menace leur sécurité nationale.

2 . LA SITUATION EUROPÉENNE

À ce jour, l'Union européenne ne pratique pas l'extraterritorialité européenne, ou, du moins, une extraterritorialité équivalente, même si la question reste débattue entre les experts.

Si l'Europe sanctionne des personnes ou des entités étrangères, c'est toujours à raison d'actions commises sur son territoire, ou qui ont un effet sur celui-ci, ou encore qui concernent ses ressortissants. Ainsi en 2001, l'Europe a-t-elle refusé la fusion entre General Electric et Honeywell, en dépit de l'accord des autorités américaines de l'antitrust, au motif que cette fusion aurait affecté la concurrence en Europe. De même, le dispositif de transparence fiscale qui dresse des listes noires d'États tiers non coopératifs, parfois considéré comme frôlant l'ex-

traterritorialité, vise au premier chef la situation fiscale des ressortissants européens.

L'Europe en effet ne va au-delà de ses frontières territoriales que lorsqu'il existe un lien de rattachement à son territoire ou à sa population. Par exemple, la norme européenne de *data privacy* (droit à l'oubli) interdit l'exploitation des données personnelles européennes hors de l'Union. Ainsi, la Cour de Justice de l'Union européenne a-t-elle contraint la Commission à renégocier un accord avec les États-Unis pour permettre cette exploitation, à la condition d'imposer à ce pays des normes de protection aussi élevées que celles de l'Europe.

Aujourd'hui, la seule réponse de l'Europe à l'extraterritorialité américaine est le règlement UE numéro 2271/96 de 1996, dite loi de blocage. Ce dispositif a été décidé en réponse à deux réglementations américaines, les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, instituant des embargos contre Cuba, la Libye et, déjà, l'Iran. Ce règlement a été modifié le 6 juin 2018 en réponse au retrait américain du JCPOA.

Outre une information obligatoire destinée à la Commission européenne et la possibilité pour celle-ci d'autoriser les entreprises européennes à se soumettre à l'embargo, la loi de blocage prévoit deux dispositifs, principalement à destination des agents économiques : une interdiction, et une protection.

- Interdiction est faite aux entreprises européennes, sous peine de sanctions applicables cette fois par l'Europe, de se soumettre aux sanctions extraterritoriales américaines. Ce règlement est inapplicable et n'a jamais été appliqué : placée entre le choix de perdre son marché américain, voire de subir une pénalité américaine, ou bien la menace d'une éventuelle sanction européenne, le choix d'une entreprise est vite fait ; aucune entreprise européenne obtempérant aux injonctions américaines n'a été sanctionnée.
- La partie protection pourrait être potentiellement intéressante, mais elle reste sans portée pratique. Une entreprise européenne qui renoncerait à un marché par exemple en Iran pourrait saisir le juge national d'une demande d'indemnité, arguant que son renoncement est dû à la menace des sanctions américaines. À charge pour le juge d'apprécier le dommage et, pour sa compensation, d'aller jusqu'à saisir des avoirs de l'État américain en Europe. Aucune instance n'a été engagée à ce jour.

Face à cette situation, il paraît difficile que l'Union européenne s'abstienne de réagir, surtout à la veille d'élections au Parlement européen pour lesquelles le slogan de campagne de « l'Europe qui protège » semble promis à un bel avenir.

Une contre-attaque prendrait des formes différentes selon que l'on décide, ou non, de mettre en place une vraie extraterritorialité à l'européenne.

3 . UNE EXTRATERRITORIALITÉ À L'EUROPÉENNE

L'Europe franchirait alors le Rubicon de l'extraterritorialité, ce qu'elle s'est interdit jusqu'à présent au nom du respect de la souveraineté des États, principe fondateur de l'ordre juridique international westphalien actuel, et déciderait d'une exception à sa « doxa » multilatérale au nom de la nécessité de rééquilibrer un rapport de forces avec les États-Unis pour être à même de peser davantage sur ceux de leurs comportements qui contreviennent et à la souveraineté, et au multilatéralisme.

L'Union européenne construirait un système extraterritorial autonome, symétrique du système américain : mêmes moyens juridiques, mêmes moyens organisationnels et même contrôle par un juge.

Mais cette extraterritorialité serait appliquée à des faits précis et prévisibles, définis par des directives et règlements ne laissant pas de place à l'interprétation. Il pourra s'agir de réglementations nouvelles, impliquant une modification des traités, ou d'ajouts à des réglementations existantes. L'extraterritorialité des normes européennes conduira à l'extraterritorialité de leurs sanctions.

Plusieurs domaines pourraient s'y prêter :

1. **Le respect de l'environnement, de la biodiversité et la lutte contre le réchauffement climatique.** En la matière, les frontières ne s'arrêtent pas aux États et l'application de normes s'appliquant au-delà du territoire de l'Union serait justifiée dans les cas où la préservation de la planète exige des standards plus élevés que ceux qui existent aujourd'hui.
2. **La lutte contre la corruption** : élever ce domaine au niveau européen. L'Union adopterait de nouveaux règlements améliorant les standards existants et leur donnant une compétence extraterritoriale.
3. **La lutte contre l'évasion fiscale.** Il s'agirait d'appliquer l'extraterritorialité à la proposition française de mars 2018 pour l'instant limitée au territoire européen. Un nouveau règlement permettrait d'imposer les entreprises internationales, dont les GAFA, sur le lieu de réalisation du chiffre d'affaires et non plus sur celui de leur établissement.
4. **La protection des données personnelles**, qui pourrait s'appliquer de manière plus ou moins rigoureuse :
 - L'intensité la plus faible consisterait à ne protéger que les données personnelles des ressortissants de l'Union, mais à les couvrir dans l'ensemble du monde, sans passer par la voie des traités bilatéraux. En l'absence d'une extraterritorialité européenne, seuls des accords bilatéraux le permettent, comme cela vient d'être fait avec le Japon pour que ce pays accepte sur son territoire la protection des données des Européens.
 - L'intensité la plus élevée consisterait à protéger les données personnelles de tous, partout dans le monde, ce qui reviendrait à créer un standard de protection des données personnelles au niveau mondial.

Pour assurer la mise en œuvre de cette extraterritorialité, l'Europe devrait se doter de moyens :

- L'OFAC américain (*Office of Foreign Assets Control*) attribue des licences et des autorisations d'investir/d'exporter en fonction de la politique étrangère américaine et des impératifs de la sécurité nationale. Ainsi Boeing a-t-il été autorisé en 2017 à vendre quelques appareils en Iran. L'OFAC répond très rapidement aux entreprises. L'Office traque aussi, avec succès, toutes les infractions, américaines comme non-américaines.
- L'Union devrait donc se doter d'un **European Office of Foreign Assets Control**, qui ferait de même et qui pourrait s'inspirer de l'*Office of Financial Sanctions Implementation* britannique. Le budget de l'OFAC américain est de l'ordre de 50 millions de dollars. Mais il s'appuie beaucoup sur les agents du Trésor américain. Le bureau correspondant de l'Union européenne (*Foreign Policy Instrument*) est composé de quelques agents, qui coordonnent la politique des États membres, à raison d'une réunion par mois.

- L'Union continuerait à avoir, si nécessaire, sa propre liste de personnes interdites, équivalent des S.D.N américaines (*Specially Designated National and Blocked Persons List*).
- L'Union pourrait élargir les compétences de l'Office Européen de Lutte Antifraudes (OLAF) à la lutte anticorruption.

Il resterait une différence de fond entre l'extraterritorialité américaine et les normes européennes : pour les Américains, la notion de sécurité nationale est fluctuante, subjective et réversible. Elle leur permet de virer de bord à tout moment. Les normes européennes, collectives, fondées sur des critères objectifs et permanents, ne sont pas aussi malléables. L'Union européenne resterait, elle, dans un cadre juridique stable.

Des changements de cette ampleur soulèveraient sans doute bien des débats au Conseil et au Parlement européen. Si l'accord à 27 ne s'avérait pas possible, ou si les dispositions actuelles des traités ne le permettaient pas, une coopération renforcée resterait envisageable. Mais elle aurait moins de force qu'une réponse unanime de l'Europe. Quant à l'action d'un État membre isolé, elle se heurterait, à l'évidence, au principe de réalité.

4. LE RENFORCEMENT DES DISPOSITIFS ACTUELS

Au cas où l'absence de consensus européen ne permettrait pas de franchir le pas de l'extraterritorialité, reste la possibilité, et même la nécessité, de renforcer les dispositifs actuels pour permettre une réaction suffisamment forte aux mesures américaines de telle sorte à protéger les intérêts européens, notamment en obtenant à leur profit des exonérations. Ce fut le cas en 1996 lorsque l'Union déposa plainte à l'OMC contre les États-Unis avant de la retirer moyennant contreparties. Mais la situation politique américaine était alors différente : le Président avait hésité à opposer son veto aux initiatives du Congrès et disposait d'une marge exécutive importante. Aujourd'hui, c'est la Maison Blanche qui est à l'offensive.

Au plan des principes, l'Union resterait dans ce cas en conformité avec le droit international : ses contremesures seraient fondées sur la réciprocité qui autorise des rétorsions contre des États qui contreviennent à leurs obligations, notamment lorsqu'elles ressortent d'accords avilisés par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, ce qui fut le cas du JPCOA.

Plusieurs dispositifs existants pourraient être renforcés :

1. **Conditionner l'activité en Europe des banques étrangères à un nouvel agrément**, sur le fondement de la directive 2013/36/du 26 juin 2013, qui dispose que les établissements de crédit doivent avoir un agrément pour exercer leurs activités dans l'Union. Au nom du principe de réciprocité, l'agrément pourrait être refusé aux entreprises d'un État tiers qui impose des dispositions extraterritoriales aux entreprises de l'Union européenne. C'est une mesure de symétrie, puisque les banques et les entreprises européennes qui travaillent en dollar subissent les normes extraterritoriales américaines.
2. **Instituer un véhicule spécial européen (SPV) comme suggéré des deux côtés du Rhin**. A défaut d'avoir pu convaincre la BEI de jouer le rôle de financeur d'opérations avec l'Iran, les États de l'Union volontaires fourniraient les ressources nécessaires pour financer, mutualiser, ou garantir les exportations, les importations ou les investissements de leurs entreprises qui le souhaiteraient à l'abri des sanctions américaines.

Un tel dispositif a été annoncé à New York en présence du ministre des affaires étrangères iranien par la vice-présidente de la Commission, Federica Mogherini. Elle a toutefois précisé que plusieurs modalités restaient à mettre au point. On peut songer par exemple, à la participation à cet instrument d'États tiers en relations économiques avec l'Iran, ou bien à une mise en œuvre progressive, en commençant par des produits de première nécessité (produits alimentaires ou pharmaceutiques).

3. **Mettre en œuvre la proposition du ministre des Affaires étrangères allemand, Heiko Maas, de règlements et transferts financiers en euros propres à l'Europe**, permettant d'éviter les blocages du système SWIFT.
4. **En matière de services financiers**, il conviendrait de s'assurer que la directive DSP 2 (UE 2015/2366) qui régit les paiements sans cartes de crédit (*Fintech* dont Paypal), s'applique bien à tous les paiements ayant un lien de rattachement avec la compétence juridictionnelle de l'Union européenne, quelle que soit la nationalité de l'entreprise.
5. **En matière de droit de la concurrence** et dans la mesure où l'Union applique une politique plus stricte que d'autres pays, et notamment les États-Unis, l'Union pourrait imposer aux entreprises étrangères ayant un lien de rattachement avec son territoire le même degré d'exigence qu'aux entreprises européennes.
6. **Clarifier et uniformiser les règles régissant la mise en œuvre des sanctions décidées par l'Union**. À titre d'exemple, la question de la rétroactivité de telles sanctions – c'est-à-dire le sort à réserver aux contrats existants – n'est aujourd'hui pas tranchée : les entreprises européennes ne savent pas quelles règles s'appliquent, faute d'un organisme européen doté d'une autorité suffisante pour édicter des critères homogènes et en informer les entreprises.
7. **Rappeler la compétence du juge national** de refuser l'application d'une norme ou d'une sanction extraterritoriale.
8. **Réintroduire une plainte à l'OMC** pour manquement aux obligations américaines d'ouverture des échanges à l'égard de l'Union européenne telles qu'elles ressortent des accords en vigueur à l'OMC comme ce fut le cas, on l'a dit, en 1996. Mais, ici encore, la situation n'est pas la même qu'à l'époque. Du côté positif, d'autres contentieux sont en cours au titre du règlement des différends sur la portée des exceptions au titre de la sécurité nationale, et la question n'est donc plus taboue. Du côté négatif, il semble bien que les États-Unis de Donald Trump souhaitent revenir sur le caractère contraignant des décisions contentieuses qu'ils avaient acceptées en 1994, lorsque le GATT devint OMC, d'où leur refus de nommer de nouveaux juges à l'organe qui statue en appel au contentieux.

Quelle que soit la réponse européenne aux conséquences de la fracture transatlantique sur la question du nucléaire iranien, sans précédent depuis l'affaire de Suez en 1956 qui avait vu le couple franco-britannique s'incliner face aux pressions américaines, le rapport de force entre les États-Unis et l'Union européenne, amoindrie par le Brexit, devra s'apprécier au regard de deux composantes majeures du système international actuel et à venir, le premier d'ordre géoéconomique, le second d'ordre géopolitique :

- Le premier a trait à la **supériorité du dollar** dans l'économie internationale, tant comme monnaie de réserve que de facturation, et que la création de l'euro n'a aucunement remise en cause. C'est là que réside le levier principal de l'efficacité des sanctions américaines extraterritoriales, dont on aura noté que leur administration est confiée au département du Trésor, à Washington. L'Union européenne s'est, de fait, accommodée de cette situation en adoptant une attitude passive sur l'internationalisation de l'euro, et l'on voit mal comment

un rééquilibrage de souveraineté serait envisageable sans remettre en cause cette passivité. Peut-être serait-il temps d'ouvrir ce débat, comme l'a relancé Jean-Claude Juncker dans son discours sur l'État de l'Union.

- Le second concerne l'avenir de la **rivalité américano-chinoise**, qui a pris un nouveau tour avec l'administration Trump en passant à l'égard de la Chine du « containment » au « push back ». On ne peut en effet exclure qu'à l'avenir les États-Unis imposent à la Chine des sanctions qui vont au-delà des mesures commerciales actuelles initiées par le Président américain, et qu'il décide alors de les appliquer de manière extraterritoriale en s'appuyant sur des précédents tels que l'Iran. Il ne fait nul doute que, dans ce cas, la réaction européenne devrait être d'une toute autre nature. Peut-être serait-il sage de prendre les décisions qu'implique l'affaire iranienne en envisageant un contexte d'une toute autre dimension économique et politique.

Directeur de la publication : Sébastien Maillard ■ La reproduction en totalité ou par extraits de cette contribution est autorisée à la double condition de ne pas en dénaturer le sens et d'en mentionner la source ■ Les opinions exprimées n'engagent que la responsabilité de leur(s) auteur(s) ■ L'Institut Jacques Delors ne saurait être rendu responsable de l'utilisation par un tiers de cette contribution ■ Version originale ■ © Institut Jacques Delors