

Rapport du Comité juridique de la Place financière de Paris sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne

Francesco Martucci, professeur agrégé, Université Paris Panthéon-Assas

Le rapport du HCJP a été élaboré par un groupe de travail réuni depuis la fin de 2020. Il s'agit d'une exploration du *Brussels effect*, un concept développé par la chercheuse américaine Anu Bradford dans son ouvrage *How the European Union rules the World?* Les travaux, auxquels les institutions européennes ont été associées, ont consisté à se demander comment les règlements et directives européennes peuvent s'appliquer en dehors du champ d'application territorial. L'extraterritorialité du droit européen a été évoqué dans une communication de la Commission européenne de 2021 intitulée *Système économique et financier européen : favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*.

L'extraterritorialité consiste à appliquer une norme ou une décision en dehors du territoire de l'Etat auteur de cette norme ou décision. Si, pour la doctrine, on peut avoir une extraterritorialité pure, en droit européen, on a toujours affaire à un lien de rattachement avec le territoire.

En Europe, quand il s'agit d'extraterritorialité, le réflexe a été jusqu'ici plutôt défensif : les réflexions portaient sur les moyens de protéger les entités européennes des effets extraterritoriaux du droit américain. Ainsi, en 1996, a été élaboré le règlement dit de blocage (2271/1996), texte dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a limité la portée. Le groupe de travail a consacré une partie du rapport à l'extraterritorialité du droit américain, laquelle est plus encadrée qu'on ne le pense généralement (cette partie n'est pas traitée lors de cette matinale).

Mais les institutions européennes adoptent de plus en plus une approche offensive en matière d'extraterritorialité. C'est déjà le cas dans les domaines de la concurrence et de la protection des données personnelles, tandis qu'une nouvelle impulsion a été donnée avec la proposition de directive sur les rapports de durabilité des entreprises (CSRD en anglais), où il est question des chaînes de valeur des entreprises, ou encore avec la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, qui prévoit que les entreprises devront identifier les incidences négatives en matière de droit de l'homme et de protection de l'environnement, et y remédier, y compris dans leurs filiales et tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement. On peut dire de ce dernier texte qu'il

constitue un condensé des difficultés liées à la mise en place d'une extraterritorialité du droit européen, mais aussi qu'il est un révélateur de l'esprit de cette extraterritorialité (avec à la fois un souci de protection du marché intérieur et de promotion des valeurs et du mode de vie de l'Union européenne hors de son territoire).

D'autres textes participent de ce mouvement d'ouverture des frontières de l'Union européenne, mais pas à n'importe quel prix, notamment le paquet législatif sur les services numériques ou le projet de règlement sur l'accès aux marchés publics

Le groupe de travail est arrivé à la conclusion que le calibrage (jusqu'où ? comment ?) de l'extraterritorialité du droit européen relevait de la pure volonté politique.

Les contraintes du droit international

La CJUE a rappelé en 1998 que le principe de territorialité devait être respecté. En ce qui concerne sa compétence exécutive, un Etat ne peut exercer sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Pour ce qui est de la compétence normative (le fait de prescrire une norme générale de comportement), une large liberté est laissée aux Etats pour peu qu'ils disposent d'un titre de compétence reconnu, une convention internationale par exemple.

Les contraintes liées au respect du droit international concernent en premier lieu le champ d'application.

Dans le domaine économique, on peut régir des comportements hors de l'Union européenne, à condition qu'il y ait un lien de rattachement au territoire. La jurisprudence peut procéder à une lecture extensive du principe de territorialité, comme dans un arrêt de décembre 2011 (*Air Transport Association of America*) concernant des compagnies aériennes américaines à qui il était demandé de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre. La CJUE a considéré que le lien de rattachement était le fait, pour ces compagnies, d'utiliser des aéroports situés sur le territoire de l'Union européenne.

De la même manière, l'Union européenne peut régir des comportements hors de son territoire si cela contribue à la réalisation d'objectifs poursuivis par le droit international. Par exemple, en matière de vigilance à l'égard des droits humains, le fait que les dispositions européennes soient étroitement liées à des normes édictées par l'Organisation de coopération et de développement économiques facilite une lecture étendue de l'extraterritorialité.

Le meilleur moyen de ne pas se trouver en contravention avec le droit international économique consiste à exiger une présence légale sur le territoire de l'Union européenne, mais cette option n'est pas optimale.

L'autre contrainte liée au respect du droit international a trait à l'effectivité des dispositifs (mise en œuvre et sanctions). Le droit international (dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce par exemple) limite la mise en œuvre de mesures restrictives, par exemple le fait d'interdire à des entreprises européennes de commercer avec des entreprises de pays tiers ou encore de plafonner la détention, par des entreprises de pays tiers, de titres émis par des entreprises européennes. Pour contourner ces contraintes, on peut avoir recours à la *soft responsibility* (mesures non contraignantes) avec l'établissement de listes noires, des labels, de standards, etc.

Le rapport s'est donc attaché à ces deux aspects : l'applicabilité des dispositions du droit européen d'une part, leur effectivité d'autre part.

L'application des dispositions du droit européen aux entités de pays tiers

L'Union européenne peut faire valoir une compétence extraterritoriale par exemple en vertu de conventions internationales. Mais il y a des cas où, de manière unilatérale, une disposition du droit européen régit une situation qui se produit en dehors de son territoire. C'est le cas de longue date avec le droit de la concurrence et on l'a vu récemment avec les sanctions à l'encontre de Google. Dans ce cas, la jurisprudence établit que des pratiques qui produisent des effets immédiats et substantiels (effets qualifiés) dans l'Union européenne constituent un lien de rattachement suffisant.

Dans le domaine des services numériques, les nouvelles dispositions européennes obligent les tiers à désigner un représentant légal, ce qui constitue là aussi un lien de rattachement.

Mais l'approche de la territorialité peut être large, par exemple quand la CJUE a considéré en 2014 que la filiale de Google en Espagne, quoique ne pratiquant pas directement le traitement des données (ce traitement est effectué aux Etats-Unis), était soumise aux règles sur la protection des données personnelles.

S'agissant d'une activité économique réalisée sur le territoire de l'Union européenne, le groupe de travail a considéré que le critère du chiffre d'affaires était le plus pertinent. Ce critère a d'ailleurs été repris par la proposition de directive sur le devoir de vigilance.

Enfin, l'extraterritorialité peut s'appliquer quand il y a recours à des clauses contractuelles entre deux personnes privées qui reconnaissent l'application du droit européen. Ce cas de figure se rencontre par exemple dans la directive de 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit (BRRD en anglais), pour que la résolution puisse s'appliquer aux contrats établis entre opérateurs européens et non européens.

L'effectivité des dispositions du droit européen appliquées à des entités de pays tiers

Les principaux écueils à l'extraterritorialité du droit européen se trouvent dans son effectivité.

En ce qui concerne les mesures de restriction de l'accès au marché intérieur (retrait d'agrément, de licence, d'autorisation...), il y a des limites : on doit avoir affaire à une activité réglementée, il convient de justifier rigoureusement ces mesures, tandis qu'en matière financière, on se heurte au principe de libre circulation des capitaux.

L'accès au marché intérieur peut aussi être conditionné au respect d'exigences similaires à celles du droit européen (régime d'équivalence). Ce régime a fait ses preuves ponctuellement mais ne semble pas être le moyen le plus adapté.

Le tiers peuvent, par ailleurs, être soumis à des limitations aux marchés publics européens (selon une volonté de plus en plus affichée par l'exécutif européen). Mais ce type de restriction n'est pas possible dans l'état actuel des choses à l'égard de pays couverts par les accords sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce ou à l'égard de pays signataires d'accords de libre-échange.

Un autre type de mesure restrictive visant les entités de pays tiers pourrait relever du cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC), comme c'est le cas en ce moment avec les sanctions (gel des avoirs...) à l'encontre de la Russie. On assisterait dans ce cas à un dévoiement de la PESC.

On peut aussi penser à des sanctions pénales et financières, mais l'Union européenne n'a pas de compétence pénale générale et privilégie le régime européen de sanctions nationales. On peut toutefois noter que des organismes comme l'Autorité européenne des marchés financiers dispose, dans une certaine mesure, d'un pouvoir de sanction, (cela, toujours, en vertu d'un règlement) : il y a là une piste à creuser.

Les sanctions réputationnelles (déclarations publiques qui précisent l'identité de l'entreprise responsable de la violation, mais sans sanction) sont, quant à elles, pour l'instant entourées d'un flou juridique (dans quelle mesure et sur quelle base peut-on y avoir recours ?).

Dernière piste, celle du *private enforcement*, qui consiste à encourager les particuliers à engager des actions en dommages et intérêts à l'égard des entreprises responsables, comme cela existe dans le droit de la concurrence ou dans le cadre du devoir de vigilance.

Quelles sont les autorités susceptibles d'exercer les pouvoirs garantissant l'effectivité des dispositions du droit européen ? C'est problématique s'agissant de la Commission européenne (il faudrait notamment qu'elle puisse prendre des mesures de niveau 2) ou encore d'organismes comme l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA), tandis que dans l'état actuel des choses, il faut exclure le Parquet européen, qui n'est pas du tout comparable, par exemple, au Département de la Justice américain. Le Parquet européen intervient en droit de la concurrence, mais de manière générale, son action est limitée par le défaut de compétence pénale de l'Union européenne.

Synthèse

- 1 L'extraterritorialité peut être envisagée selon deux logiques, défensive et offensive.
- 2 Toute mesure de portée extraterritoriale doit respecter le droit international qui consacre le principe de territorialité.
- 3 L'application du droit européen à des entités de pays tiers doit être fondée sur des critères de rattachement de l'ordre juridique européen.
- 4 Le choix d'une portée extraterritoriale des dispositions de l'Union européenne implique de réfléchir aux moyens de garantir l'effectivité des règles imposées aux entreprises de pays tiers.
- 5 Se pose la question de l'identification des autorités qui seraient chargées de faire respecter le droit européen par les entreprises de pays tiers.

Questions/réponses

Quelle cour compétente quand s'opposent deux extraterritorialités ?

La Cour internationale de justice est exclue : elle traite les litiges entre deux Etats, or, l'Union européenne n'est pas un Etat. La CJUE, elle, applique uniquement le droit européen. Si la Commission européenne dénonce l'extraterritorialité du droit américain, il y a en réalité peu de façons de s'y opposer, tandis que la CJUE rappelle de son côté régulièrement les contraintes auxquelles doit se soumettre l'extraterritorialité du droit européen. Chacun applique son droit, mais les Etats-Unis le font avec beaucoup d'efficacité grâce à des moyens de contrainte de nature pénale.

Sur l'utilisation de la monnaie (ici, l'euro) comme lien de rattachement...

Il s'agit d'une décision d'ordre politique, que l'Europe semble s'interdire pour l'instant car le rôle international de l'euro n'est pas suffisamment développé et parce que ce n'est pas la monnaie unique de l'Union européenne.

Si on la compare aux Etats-Unis, on a l'impression que l'Europe fait preuve de passivité, alors que l'extraterritorialité de son droit est une réalité : comment expliquer cet écart de perception ?

Le dispositif américain, avec ses procédures pénales, les montants des sanctions pécuniaires infligées, les emprisonnements, etc, est de nature à marquer les esprits. Il ne faudrait toutefois pas considérer

que l'Europe est passive, comme en témoignent les sanctions récentes à l'égard de Google. Mais l'extraterritorialité du droit européen se manifeste surtout dans le domaine de la concurrence. Une piste pour l'Europe pourrait consister à mieux coordonner les actions nationales.

Sur les chaînes de valeur dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance

Cette proposition de texte est pleine de bonnes intentions, mais suscite des questionnements sur son caractère opérationnelle, notamment en raison du flou de la définition de la chaîne de valeur et de la substance des opérations demandées aux entreprises.

Sur les conflits de compétence (opposition de deux extraterritorialités)

Ces conflits pourraient être anticipés dans le cadre d'accords bilatéraux conclus entre l'Union européenne et des pays tiers. Cette piste, sur laquelle le rapport du HCJP ne s'est pas étendu, mérite d'être creusée.

Sur la légitimité de l'Union européenne en matière d'extraterritorialité

La montée en puissance du discours sur l'extraterritorialité coïncide avec une vision plus raisonnée du libre-échange de la part de l'Union européenne et avec sa volonté de voir les entreprises des Etats membre évoluer dans un cadre de concurrence non faussée.