

## L'extraterritorialité des sanctions économiques américaines

Les sanctions économiques correspondent à des mesures restrictives visant à sanctionner un État ou une personne désignée pour des motifs de politique étrangère. Alternatives à la guerre, ou composantes d'une montée des périls, elles peuvent prendre différentes formes (restrictions au commerce de biens, de technologies ou de services ciblés avec certains pays, mesures de gel des fonds et ressources économiques, restrictions à l'accès aux services financiers, etc.). A l'heure actuelle, de telles sanctions sont en grande majorité prononcées par les États-Unis, l'Union Européenne et l'ONU. Le Royaume-Uni développera également un arsenal spécifique compte-tenu du Brexit.

Les sanctions économiques américaines se distinguent par leur forte extraterritorialité qui se manifeste par le prolongement des effets des législations sur lesquelles elles reposent au-delà de leurs frontières (cette dimension extraterritoriale se retrouve dans de nombreuses autres législations américaines comme le Foreign Corrupt Practices Act ou le Cloud Act et doit s'analyser au cas par cas afin d'en déterminer la portée réelle). Elles ne doivent cependant pas être confondues avec les nombreuses législations de contrôle des exportations adoptées par les États-Unis (par exemple International Traffic in Arms Regulations ou ITAR), dont elles ne relèvent pas mais qui agissent en parallèle des sanctions. Celles-ci consistent principalement en des mesures de protection de technologies civiles ou militaires américaines.

En matière de sanctions économiques, l'extraterritorialité s'exprime pour les deux types de sanctions imposées par les États-Unis.

**Les sanctions dites « primaires »**, d'abord, visent avant tout les personnes ayant la qualité de U.S. person, notamment en raison de leur nationalité, du lieu de leur siège social ou de leur lieu de résidence. Les sanctions primaires interdisent aux US Persons d'effectuer des échanges avec des entités sous sanction, sauf à prendre elles-mêmes le risque d'une sanction pénale. Ces sanctions semblent plutôt relever d'une application territoriale, mais en pratique il faut prendre garde à de nombreuses interprétations extensives des procureurs, ainsi qu'à des cas de « compétence réelle », lorsque sont en cause des transactions portant sur des biens d'origine américaine.

**Les sanctions dites « secondaires »** sont quant à elles purement extraterritoriales car applicables à toute personne, même sans lien territorial ou personnel avec les États-Unis. Elles n'ont pas de caractère pénal mais ont pour but d'amplifier l'impact des sanctions primaires en offrant un choix aux acteurs qui rentrent dans leur champ d'application : rompre leurs relations avec des entités sous sanctions et continuer à avoir des relations avec les États-Unis ; ou continuer ces relations et être exclus de tout ou partie du marché américain.

Les cas de violations potentielles de sanctions étant nombreux, il est important de connaître leur mécanisme afin de les évaluer.

Au-delà de l'application stricte des textes formalisant ces sanctions, il est important de mentionner que la **compliance bancaire** est un vecteur important de l'application extraterritoriale des sanctions américaines. Actives sur le territoire des États-Unis et manipulant le dollar, les banques, y compris européennes, ont une tendance de plus en plus marquée à faire une application extensive des sanctions américaines à leurs clients non-américains (« over-compliance »).

## *Quelle extraterritorialité pour quels effets ?*

La portée extraterritoriale de ces très nombreuses dispositions légales ne constitue nullement une nouveauté. Déjà les citoyens Romains étaient protégés par certains effets extraterritoriaux de la loi romaine. Ils bénéficiaient de ce fait d'un privilège de juridiction (droit d'être jugé par les plus hautes instances de l'Empire), du droit de vote et du droit d'échapper aux sanctions corporelles les plus déshonorantes. Saint Paul demandera ainsi à être jugé devant la cour suprême de l'Empereur à Rome. De nos jours, très classiquement le principe de personnalité de la loi pénale applicable<sup>1</sup> permet à un juge Français d'être compétent pour juger tout crime commis par un français hors du territoire national.

Mais au-delà de l'effet extraterritorial classique attaché aux personnes, s'est développée aux Etats-Unis une approche de l'effet extraterritorial basée sur une interprétation extensive du lien de rattachement entre l'infraction et le territoire des Etats-Unis.

Cette approche s'avère problématique en ce qu'elle octroie aux Etats-Unis le pouvoir de sanctionner tout comportement en violation des normes américaines alors même qu'il serait conforme à une législation nationale ou européenne. Cette situation est d'autant plus problématique qu'aujourd'hui l'extraterritorialité des sanctions économiques a une portée extensive (I) qui se retrouve dans de nombreux cas en pratique (II), ce qui porte une atteinte considérable à la souveraineté des Etats alors même que les réponses esquissées sont inadaptées (III).

### **I. La portée extensive de l'extraterritorialité des sanctions économiques**

#### *L'application extensive des sanctions économiques*

Depuis la fin des années 1990, les lois à portée extraterritoriale, essentiellement d'origine américaine, ont proliféré dans de nombreux domaines tels que la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. S'agissant des sanctions économiques, on notera qu'elles ciblent par nature des entités se trouvant en dehors du territoire des Etats-Unis : elles ont vocation à se projeter à l'international. Mais la question de leur application extraterritoriale est posée non pas à propos des entités ciblées, mais des entités à qui il est interdit de commercer avec les entités ciblées. Or, toute l'efficacité des sanctions économiques américaines, surtout lorsqu'elles ne sont pas relayées par des sanctions onusiennes ou européennes, tient à la capacité de l'OFAC d'en imposer le respect au-delà du cercle des acteurs économiques américains. A défaut, elles risqueraient d'être trop aisément contournées et de n'avoir comme seul effet que de nuire à l'économie américaine.

Les sanctions économiques américaines peuvent être distinguées en deux catégories en fonction, précisément, de leur portée plus ou moins extraterritoriale.

Les **sanctions primaires**, qui ont un caractère pénal, sont destinées aux personnes ayant un lien avec le territoire des États-Unis. L'application des sanctions primaires est en principe limitée aux personnes ayant un lien avec les Etats-Unis (U.S. nexus), soit par la nationalité, soit par le territoire.

Ainsi, devront se conformer à ces sanctions les « U.S. persons » entendues comme étant les citoyens des États-Unis, incluant ceux qui ont la double-nationalité, les résidents permanents détenteurs d'une « green card », les entités constituées sous le droit américain ainsi que leurs succursales étrangères et toute personne sur le territoire des États-Unis.

---

<sup>1</sup> Cf. article 113-6 du code pénal français.

Cependant, la notion d'U.S. nexus peut être étendue dans une certaine mesure, soit par les textes législatifs ou réglementaires, soit par la pratique de l'OFAC, et donner ainsi une véritable portée extraterritoriale aux sanctions primaires, ou à certaines d'entre elles.

En effet, outre l'extraterritorialité fondée sur la compétence personnelle que nous venons d'énoncer, l'extraterritorialité des sanctions peut se fonder sur une compétence réelle, c'est à dire que les sanctions trouveront à s'appliquer dès lors que les biens, technologies ou logiciels seront originaires des États-Unis.

Enfin, il existe une compétence fondée sur le but ou l'effet. Cela implique que lorsqu'une personne sans lien avec les États-Unis est la cause d'une violation de la loi par une U.S. person, alors, les États-Unis sont susceptibles d'être compétents : c'est le raisonnement suivi par les procureurs (mais non confirmé en jurisprudence) dans les affaires dites de « transaction stripping » comme celle qui a donné lieu au paiement par BNP Paribas d'une amende transactionnelle de près de 9 milliards de dollars. BNP Paribas et d'autres banques avaient mis en place des systèmes permettant de contourner les sanctions économiques américaines et d'effectuer des opérations en dollar avec des entités visées par ces sanctions. Les opérations étaient effectuées entre comptes non domiciliés aux États-Unis et ne concernaient donc pas directement le territoire américain. Cependant, les autorités américaines ont déterminé que ces opérations impliquaient des US persons par voie de causalité, du fait de l'opération-reflet qu'elles entraînaient avec une banque correspondante aux États-Unis chargée de les prendre en compte pour la compensation globale entre banques des opérations en dollars.

**Quant aux sanctions secondaires**, elles sont applicables à toute personne, même sans lien avec les États-Unis. Elles visent essentiellement l'Iran et dans une moindre mesure la Russie ou le Venezuela. Leurs auteurs en justifient la nature extraterritoriale par le fait qu'elles ne sont pas des sanctions au sens le plus strict du terme dans la mesure où elles ne sont ni de nature pénale ni de nature civile et consistent, pour l'essentiel, en des refus d'accès au marché américain.

Ces sanctions trouveront à s'appliquer dès lors que les personnes sont visées par la législation des États-Unis comme personnes sanctionnées, que ces personnes sont en contact avec des entités détenues à 50% par des personnes sanctionnées, qu'elles fournissent une assistance à des personnes sanctionnées ou qu'elles perdent leur licence et violent la législation des États-Unis ou encore par effet contractuel via le système bancaire qui applique directement aux transactions les normes américaines.

Celles-ci présentent ainsi une alternative aux acteurs économiques du monde entier : par exemple faire du commerce avec l'Iran (en particulier) ou faire du commerce avec les États-Unis. Cependant, le poids commercial des États-Unis rend l'alternative factice et fait de ces sanctions secondaires de véritables sanctions tout à fait dissuasives.

## II. Cas concrets de l'étendue extraterritoriales des sanctions américaines

L'étendu de l'extraterritorialité des sanctions américaines se manifeste de nombreuses manières. Les cas suivants fournissent un aperçu de la pratique des autorités américaines dans leur mise en œuvre.

### ○ Désignation directe en tant que sujet des sanctions (personne SDN)

L'inscription des contrevenants sur cette liste est **la mesure de sanction la plus redoutée par les opérateurs économiques**. Concrètement, elle a pour conséquence directe de rendre impossible toute activité avec les États-Unis (gel des avoirs situés aux États-Unis ; et interdiction de relation

avec des personnes américaines, d'utilisation du système bancaire américain et de tout lien d'affaires avec des personnes ayant un lien avec les États-Unis).

En avril 2018, sept oligarques russes ont été désignés par les États-Unis comme SDN. Cette désignation s'est accompagnée de la désignation des sociétés que ces personnes possédaient ou contrôlaient, (comme les Groupes EN+, Eurosibenergo ou Renova). Le motif de cette désignation était selon les États-Unis d'isoler les oligarques qui profitent des activités malveillantes de la Russie dans le monde entier, comme l'occupation de la Crimée, le soutien au régime de Bachar Al Assad ou ses cyberattaques.

Or, être en contact d'affaires avec de telles personnes ou entités fait courir les risques suivants :

- **De violer la législation américaine en matière de sanctions en cas de présence dans une transaction d'un élément suffisant de rattachement avec le territoire des États-Unis (« U.S. nexus »).** Par exemple, l'utilisation du dollar dans une transaction entre une entité sans lien avec les États-Unis et une entité sous sanction peut causer une violation des mesures de sanctions par une banque située sur le territoire des États-Unis qui effectue la compensation de cette transaction. Ce lien causal donne alors une possible compétence à un juge américain pour sanctionner une entité sans lien avec les États-Unis impliquée dans cette transaction.
- **D'être soi-même l'objet d'une désignation en tant que personne SDN à l'occasion de transactions avec une personne SDN.** A titre d'exemple l'Executive Order présidentiel n°13661, sur lequel repose la désignation des oligarques russes et de leurs sociétés, autorise l'ajout sur la liste SDN de *toute personne qui (i) a agi ou prétendument agi, directement ou indirectement, pour ou au nom d'un haut fonctionnaire du gouvernement de la Fédération de Russie ou d'une personne dont les biens et les intérêts dans les biens sont bloqués en vertu de cette ordonnance (ii) ont aidé, parrainé ou fourni une aide financière, matérielle ou technologique, ou des biens ou des services à ou en soutien d'un haut fonctionnaire du gouvernement de la Fédération de Russie ou une personne dont les biens et les droits de propriété sont bloqués en vertu de cet Executive Order.* On comprend que dans ces circonstances que le Directeur général du Groupe EN+ a dû très rapidement céder son contrôle dans le Groupe EN+ afin de permettre à celui-ci d'être à nouveau actif aux États-Unis.

Au-delà de ce cas le plus critique d'être soi-même désigné comme SDN, le simple fait d'entretenir des relations commerciales avec des personnes placées sur la liste SDN peut être impactant sur différents aspects.

- **Un risque fort de désinvestissement de la part des investisseurs américain.** Les entreprises sont régulièrement questionnées sur ce point par différents fonds d'investissement basés aux États-Unis. La plupart des financeurs sont en effet soumis directement à la loi américaine du fait de leur localisation aux États-Unis ou pensent y être soumises du simple fait de l'utilisation du dollar dans la plupart de leurs transactions (même si la simple utilisation du dollars est dans la plupart des cas insuffisante pour donner compétence aux États-Unis, de nombreuses entités s'engagent dans une pratique d'« over-compliance » par prudence ou peur des sanctions). Ainsi, leurs obligations de compliance

au titre de la législation américaine leur imposent de démontrer qu'ils ne financent pas de façon directe ou indirecte de telles relations d'affaires.

- **Un risque avéré de violation des engagements contractuels auprès de financeurs.** Dans le cadre de leurs programmes de financement, les financeurs demandent aux entreprises de s'engager sur une base contractuelle à ne pas mettre les fonds prêtés à la disposition de personnes sur liste SDN.
- **Un effet négatif direct sur les activités et les entités.** Le simple fait pour une entité, qu'elle soit basée ou non aux États-Unis, d'entretenir des relations commerciales avec des personnes SDN peut avoir un effet négatif du fait de l'extrême sensibilité des banques et partenaires commerciaux sur cette question.

- **Assistance à des personnes désignées comme SDN**

Nous avons vu précédemment que certains Executive Orders présidentiels américains prévoyaient l'extension de la désignation de personnes SDN aux personnes entrant en relation avec les personnes SDN désignées.

Cependant, certaines législations américaines sont encore plus larges. C'est par exemple le cas de du Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (« CAATSA ») de 2017 qui impose plusieurs sanctions économiques à des pays, notamment celles à l'encontre de la Russie.

Au-delà de simplement sanctionner les entités en violation des restrictions prévues par le texte, la Section 228 du CAATSA étend de manière très large l'imposition des sanctions qui consistent en un blocage du patrimoine et des interdictions afférentes au statut de personne SDN. En effet, elle rend l'imposition de sanctions obligatoires à l'encontre des personnes étrangères dont le Trésor détermine **qu'elles facilitent sciemment des transactions importantes, ce qui comprends des transactions trompeuses ou structurées, pour le compte ou au nom de (i) toute personne soumise à des sanctions américaines à l'égard de la Fédération de Russie, ou (ii) de leur enfant, conjoint, parent, frère ou sœur.**

Ainsi, des personnes qui faciliteraient des transactions significatives avec des personnes SDN ou qui assisteraient de façon matérielle de telles personnes seront elles-mêmes sanctionnables et pourront être désignées comme personnes SDN.

Toute personne, quelle que soit sa nationalité, qui entretiendrait des relations d'affaires avec une personne SDN **s'expose à être elle-même désignée comme personne SDN.**

- **Violation des mesures de restrictions portant sur des activités liées à certains secteurs désignés de l'économie par des sanctions secondaires**

Schématiquement, les sanctions secondaires visent à empêcher des entités sans lien avec les États-Unis d'entrer en relation avec des pays sous sanction pour certaines activités ou secteurs de l'économie de pays sous sanctions. Elles peuvent être très larges comme pour les sanctions secondaires iraniennes qui portent notamment sur les activités avec l'Iran dans l'énergie, le commerce de métaux, le secteur automobile, le secteur portuaire ou la pétrochimie

Elles peuvent également être très spécifiques comme dans le cas du projet de gazoduc entre la Russie et l'Europe Nord Stream 2 pour lequel les États-Unis ont établi des sanctions secondaires visant spécifiquement les navires de pose de canalisations nécessaires à la construction du projet.

Elles illustrent magistralement les effets extraterritoriaux des sanctions secondaires, utilisées dans lutte d'influence entre les États-Unis et la Russie sur l'Europe.

Entrées en vigueur le 20 décembre 2019 par la signature de la loi sur le budget de la défense américain (National Defense Authority Act) de 2020 par le président Trump qui intègre presque entièrement un projet de loi sénatoriale présenté en mai 2019 sous le titre Protecting Europe's Energy Security Act of 2019, ces sanctions visent les navires de pose de canalisations nécessaires à la construction des projets de pipelines. Cependant, elles visent également les personnes étrangères aux États-Unis qui ont sciemment (i) vendu, loué ou fourni ces navires ; ou (ii) facilité des transactions trompeuses ou structurées afin de fournir ces navires pour la construction du projet.

Dans les 60 jours suivant sa promulgation, le Secretary of State, sur consultation du Secretary of Treasury, devait soumettre au Congrès un rapport identifiant les personnes sous sanctions.

Dès le 21 décembre, la société Suisse Allseas, poseur des tuyaux pour ce projet et qui était identifiée par les États-Unis déclarait après avoir immédiatement suspendu ses activités opérationnelles : *« Allseas procédera en conformité avec la disposition de retrait progressif prévue par la législation, et attend des autorités américaines compétentes des instructions comprenant les clarifications réglementaires, techniques et environnementales nécessaires ».*

Ces clarifications sont arrivées très vite puisque le 21 décembre l'OFAC publiait sa guidance sur la mise en œuvre de ces sanctions et enjoignait aux navires visés de **cesser immédiatement toutes activités de construction sur le projet.**

Dans ces circonstances, la société Allseas a indiqué **cesser immédiatement** ses activités de pose.

***Les potentielles mesures de sanctions prévues par le texte expliquent cette réaction :***

Les personnes visées peuvent :

- Être frappées d'interdiction d'accès au territoire des U.S.
- Se voir appliquer des mesures d'amende et d'emprisonnement
- Se voir désignées comme personne bloquée sur la liste des Specially Designated Nationals (« SDN »)

○ **Retrait de licence**

Enfin, pour être complet sur les cas de violations des sanctions secondaires, il est nécessaire de traiter des licences.

Suite à la mise en place sanctions économiques, notamment à l'égard d'un pays, les États-Unis ont la possibilité de délivrer des licences spécifiques à certains acteurs ou pour certaines activités qui constituent des dérogations aux mesures restrictives en cours. Cependant, leur retrait peut être la cause d'une possible violation de ces sanctions.

C'est le cas de figure qui s'est présenté en lien avec le mécanisme dit de « snapback » concernant les sanctions iraniennes. Par ce mécanisme, une activité légale, couverte par une licence peut après une période dite de « wind-down » (c'est-à-dire permettant la cessation des activités) devenir illégale et sujette à sanctions secondaires.

### **III. Les contremesures de l'Union européenne**

En mai 2018, les États-Unis ont annoncé leur retrait de l'Accord de Vienne sur le Nucléaire Iranien (*Joint Comprehensive Plan of Action*) qui entérinait la levée des sanctions à l'encontre de l'Iran en

contrepartie d'un contrôle nucléaire. Ceci a mené au retour progressif des sanctions secondaires américaines à l'encontre des entreprises ayant une activité dans certains secteurs de l'économie iranienne.

En réaction, l'Union Européenne (« UE ») a décidé de redynamiser son Règlement de blocage datant du 22 novembre 1996<sup>2</sup> à l'encontre des sanctions secondaires américaines contre l'Iran en interdisant aux entités européennes de s'y conformer.

L'Union considère en effet « *que, par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international et empêchent la réalisation des objectifs [de l'Union Européenne]* ».

L'extraterritorialité des sanctions secondaires est autant fermement affirmée en droit américain, qu'elle n'est contestée en droit européen, ce qui place les entreprises européennes dans une situation pour le moins inconfortable.

Le Règlement a deux effets principaux :

- **Il prive d'effet ces sanctions américaines sur le territoire de l'UE** : Son article 4 interdit la reconnaissance de toute décision judiciaire, sentence arbitrale ou de quelconque actes ou dispositions adoptées en vertu de celles-ci par les autorités nationales (y compris les juridictions) ainsi que leur exequatur.
- **Il interdit, sauf dérogations, aux opérateurs européens de se conformer à ces sanctions américaines** : Les Etats-membres sont maîtres des sanctions à apporter en cas de violation de ces mesures. Cette règle a été transposée en droit français à l'article 459 du code des douanes qui prévoit des sanctions pénales à l'encontre les opérateurs en cas d'infraction à la législation nationale ou européenne en matière de relations financières avec l'étranger.

Toutefois, les sanctions américaines gardent un plein effet sur le territoire des Etats-Unis (et au-delà au regard du statut particulier des personnes SDN notamment). En outre, même si un droit à réparation est prévu par les textes de l'UE, les Etats-Unis bénéficient d'une immunité de juridiction. Ce droit à réparation reste donc lettre morte.

Malheureusement, dans sa configuration actuelle, ce Règlement ne protège donc pas efficacement les entreprises de l'UE mais les place dans une situation de double sanction, entre le marteau et l'enclume pourrait-on dire...

Un autre mécanisme de défense a été imaginé pour contrer le retour des sanction américaines à l'égard de l'Iran : l'Instrument in Support of Trade Exchanges ou « **INSTEX** ».

L'INSTEX consiste en une société commune créée en janvier 2019 entre la France, l'Allemagne et le Royaume Uni et dont le but principal est d'éviter toute utilisation du dollar en mettant à disposition deux chambres de compensation entre l'Europe et l'Iran.

Même si la Belgique, le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède ont annoncé en novembre 2019 avoir lancé le processus pour devenir à leur tour actionnaire d'INSTEX, le mécanisme n'a à ce jour jamais été utilisé.

---

<sup>2</sup> Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996.

Ceci réside probablement dans le fait que ce système n'est actuellement pas pleinement effectif puisque limité aux opérations sur les médicaments et les denrées alimentaires (qui ne sont pas visées par les sanctions américaines).

La solution de troc développée par le système INSTEX ne donne donc pas non plus satisfaction en l'état. L'entreprise faisant commerce avec l'Iran ne peut échapper aux sanctions secondaires américaines sauf si elle agit au bénéfice de personnes et entités non listées aux États-Unis ou dans des secteurs non visés par les sanctions secondaires américaines.

Les contremesures développées aujourd'hui ne semblent donc pas être adaptées au caractère implacable des sanctions économiques américaines.

Des solutions de rétorsion au niveau de l'UE pourraient toutefois être envisageables mais nécessiteraient une volonté politique bien difficile aujourd'hui à réunir.

L'une des pistes de réflexion qui permettrait de rendre un mécanisme vraiment protecteur à l'égard d'une transaction qui serait visée par une sanction secondaire, serait de « nationaliser » une telle prestation. Si elle est effectuée par un organisme étatique ou supra-étatique se substituant à l'entreprise, cela pourrait permettre de dissuader les États-Unis de sanctionner un État allié.

En outre, et de manière paradoxale, les sanctions américaines devraient avoir pour effet de détrôner le dollar américain dans le cadre des échanges mondiaux dans la mesure où l'utilisation du billet vert a pu être utilisée comme prétexte par les autorités américaines comme fondement de compétence dans l'application des mesures que nous avons détaillé ci-avant. Néanmoins, il faut remarquer cette position repose sur la pratique transactionnelle de ces autorités et n'a jamais été validée par une juridiction américaine.