

L'extraterritorialité du droit de l'Union européenne

**Rapport du Haut Comité Juridique de la
Place Financière de Paris (HCJP)**

Mai 2022

[https://www.banque-
france.fr/sites/default/files/rapport_46_f.pdf](https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_46_f.pdf)
f

Présentation par Francesco MARTUCCI

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

francesco.martucci@u-paris2.fr

- Anu BRADFORD, *The Brussels Effect*, 2020

How the European Union rules the world?

<https://www.brusselseffect.com/>

- Commission européenne, *Système économique et financier européen: favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM(2021)32 :

- renforcer le rôle de l'Union européenne (UE) sur la scène mondiale

- Extraterritorialité des règles de l'Union européenne

- Définition de l'extraterritorialité :

« il y a extra-territorialité de l'application d'une norme ou d'une décision, dès lors que tout ou partie de leur processus d'application – de l'édition – se déroule en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme ou de cette décision » (B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 7-52)

Des mesures législatives ou réglementaires ou des décisions juridictionnelles ont vocation à s'appliquer au-delà du territoire d'un État souverain, et sans un **lien suffisant** avec ce pays

- Problématique classique des sanctions

- Extraterritorialité du droit américain : exemple des sanctions / Iran

- Réponse **défensive** de l'Union européenne :

Règlement blocage : règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil, du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, *JOCE* L 309, 29 novembre 1996, p. 1

CJUE, Gde ch., 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Recht / Telekom Deutschland GmbH*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, conclusions Hogan, ECLI:EU:C:2021:386

- Approche **offensive** de l'Union européenne :

Droit de la concurrence / Protection des données personnelles

➤ Problématique renouvelée de l'application :

- Thématique des « chaînes de valeur » (supply chains)
- Révision de la directive NFRD : CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive)

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 21 avril 2021, COM(2021)189.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, COM(2022) 71

FOCUS : devoir de vigilance

Obligation des entreprises / droits de l'homme et protection de l'environnement

- Propres activités
- Activités des filiales
- Opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient des relations commerciales bien établies

Intégration du devoir de vigilance dans les politiques des entreprises

- Description de l'approche de l'entreprise
- Code de conduite
- Procédures internes et externes

Recensement / prévention / suppression des incidences négatives réelles ou potentielles

Procédures relatives aux plaintes / effectivité

- ⇒ Entreprises européennes
- ⇒ Entreprises de pays tiers

➤ Esprit de l'extraterritorialité

- Protection du marché intérieur : *level playing field* (conditions de concurrence équitables)
 - Consommateurs
 - Entreprises
- Promotion des valeurs de l'Union européenne
 - Droit de l'homme
 - Environnement
 - RSE, etc.

Dans l'air du temps :

- Digital Services Act et Digital Market Act
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021)223, 5 mai 2021
- Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux - IMPI)

⇒ Brussels Effect

- « *the EU's unilateral ability to regulate the global marketplace* »
- Souveraineté européenne :
 - puissance civile de l'Union européenne
 - force
 - du marché intérieur
 - du droit de l'Union
 - risques
 - attractivité du marché intérieur
 - tensions / partenaires commerciaux

⇒ le choix du meilleur calibrage de l'extraterritorialité est de nature purement politique

- « **méthodologie d'extraterritorialité** » de nature politique :
- déterminer la mesure dans laquelle, et les modalités selon lesquelles, des dispositions de droit de l'Union sont applicables à des entités de pays tiers :
 - Quels sont les objectifs poursuivis ?
 - Quels sont les instruments mobilisés ?
 - Quels sont les coûts et avantages pour l'Union européenne, les États membres et les entreprises européennes ?

- « principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public » (CJCE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c/ Commission (dit « Pâtes de bois »)*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, ECLI:EU:C:1988:447) / CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, CPJI 1927 Série A n° 10
 - compétence exécutive : le droit international interdit à tout État l'exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État, sauf règle de droit international contraire
 - compétence normative (possibilité pour l'État de prescrire une norme générale de comportement) ou compétence juridictionnelle (possibilité pour un État de soumettre à ses tribunaux une situation donnée) :
 - les États bénéficient d'une large liberté qui n'est limitée que par des règles prohibitives, et peuvent adopter les principes qu'ils jugent les meilleurs et les plus convenables
 - les États peuvent exercer leur compétence normative ou juridictionnelle dès lors qu'il existe un fondement de compétence reconnu :
 - compétence territoriale ;
 - compétence personnelle lorsque la situation concerne un national de l'État à l'étranger ;
 - compétence réelle dans les cas d'atteinte à l'étranger aux intérêts fondamentaux de l'État (tel que le faux-monnayage par exemple) ;
 - compétence internationale lorsqu'une convention internationale autorise ou oblige l'État à exercer sa compétence sur des faits s'étant déroulés à l'étranger et n'impliquant pas des nationaux de l'État en question (crime de torture, de piraterie, etc.).
- **débat contemporain** sur l'extraterritorialité en matière économique
 - situations où les États entendent exercer des compétences ne présentant absolument aucun lien avec leur territoire (extraterritorialité pure)
 - situations où l'exercice des compétences entend reposer sur un **lien territorial**, mais interprété parfois de manière très extensive par le biais d'un découplage entre :
 - la conduite à réguler qui se déroule à l'étranger

- des éléments de rattachement qui permettent d'établir une connexion entre la conduite visée et le territoire de l'État qui entend exercer sa compétence.

Deux séries de contraintes

1/ Contraintes relatives à la définition du champ d'application du dispositif extraterritorial de l'Union européenne

- **La conduite d'une activité sur le marché intérieur l'Union européenne peut se rattacher par extension au principe de territorialité reconnu en droit international.**

Exemple : CJUE, Gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et al. c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864 *Air Transport Association of America* : « ce n'est que si les exploitants de tels aéronefs font le choix d'exploiter une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'aérodromes situés sur le territoire des États membres que, parce que leurs aéronefs utilisent de tels aérodromes, lesdits exploitants sont soumis au système d'échange de quotas »

- **La réglementation européenne peut contribuer à la réalisation d'objectifs poursuivis par le droit international et permettre de prévenir l'utilisation de l'espace européen à des fins contraires au droit international.**

Exemple : devoir de vigilance

- **Le droit international économique limite la possibilité d'exiger une présence légale sur le territoire des États membres de l'Union européenne.**

Respect des règles de l'OMC / accès au marché

2/ Les contraintes relatives aux dispositifs de mise en œuvre et de sanction des règles extraterritoriales de l'Union

- Les mesures restrictives

- interdire aux entreprises situées dans l'Union européenne de commercer avec les entreprises de pays tiers concernées ;
- exclure l'ensemble des sociétés du groupe consolidé de l'accès aux marchés publics dans les États membres de l'Union européenne ;
- proscrire à des investisseurs européens de détenir des titres des sociétés du groupe ;
- interdire l'accès ou exclure des sociétés du groupe aux marchés financiers situés dans l'UE (avec les risques de baisse d'attractivité des marchés que cela comporte), etc.

La question de la compatibilité de telles mesures avec les accords économiques conclus par l'Union européenne se pose que ce soit, en particulier, les accords de l'OMC ou les accords de libre-échange ou d'association.

- La « *soft responsibility* »
 - Mesures réputationnelles
 - name and shame (listes, labels, standards)

II – L'application des dispositions du droit de l'Union aux entités de pays tiers

➤ L'exigence d'un lien de rattachement

- « ce qui importe du point de vue du droit international, c'est que les faits présentent un lien suffisant avec l'État ou l'organisation internationale concernés » (CJUE, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Conclusions Kokott)
- champ d'application territoriale du droit de l'Union (articles 52 TUE et 355 TFUE) / compétence externe de l'Union européenne
- question : la disposition de droit de l'Union peut régir des situations se produisant sur le territoire de pays tiers dès lors qu'un lien de rattachement avec le territoire d'un État membre est caractérisé.

➤ Le précédent du droit de la concurrence

- Articles 101 et 102 TFUE

CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, aff. 22/71, EU:C:1971:113, pt 11 ; CJCE, 14 juillet 1972, *ICI Ltd. / Commission (matière colorantes)*, aff. 48-69, ECLI:EU:C:1972:70, pt 11, Conclusions Mayras, ECLI:EU:C:1972:32 ; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. / Commission*, aff. 6-72, Rec. p. 215, ECLI:EU:C:1973:22 ; CJCE, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c/ Commission*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, préc. ; CJUE, 9 juillet 2015, *InnoLux Corp. c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 ; CJUE, Gde ch., 6 septembre 2017, *Intel Corporation Inc.*, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632

Deux critères alternatifs sont remplis :

- d'une part, le critère de la mise en œuvre implique de constater que la pratique a été exécutée sur le territoire d'un ou plusieurs États membres de l'Union ;

- d'autre part, le critère des effets qualifiés implique de déterminer si les pratiques, bien qu'imputables à des sujets de pays tiers et mises en œuvre en dehors de l'Union, ont produit des effets prévisibles, immédiats et substantiels dans l'Union.

○ Concentrations

TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* p. II-753, ECLI:EU:T:1999:65, pts 82 et 92

le règlement s'applique à « des opérations de concentration qui, bien que visant des activités (...) en dehors de [l'Union], ont pour effet de créer ou de renforcer une position dominante ayant pour conséquence d'entraver la concurrence effective d'une manière significative dans le marché [intérieur] » dès lors que cet effet présente un caractère immédiat, substantiel et prévisible

// *Foreign Trade Antitrust Improvements Acts* (FTAIA) de 1982

➤ **Le degré variable du rattachement**

- Transports : CJUE, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10
- Pêche : CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453
- Fiscalité : CJUE, Gde ch., 3 mars 2020, *Google Ireland Ltd*, aff. C-482/18, ECLI:EU:C:2020:141
- Marché intérieur : CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, EU:C:2000:605

l'existence d'un lien territorial peut être caractérisée « soit par la présence effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre, soit par l'exercice d'une activité économique sur ce territoire »

Exemples :

- Article 63 TFUE : capitaux
- Règlement (UE) 2020/1998 du Conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020)825 : « les fournisseurs de services intermédiaires établis dans un pays tiers qui offrent des services dans l'Union désignent un représentant légal doté d'un mandat suffisant dans l'Union et fournissent des informations relatives à leurs représentants légaux, de manière à permettre une surveillance efficace et, le cas échéant, l'application du présent règlement à l'égard de ces fournisseurs. Le représentant légal devrait pouvoir également faire office de point de contact, pour autant que les exigences pertinentes du présent règlement soient respectées »

- Jurisprudence : CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317:
 - directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD)
 - traitement des données exercé « dans le cadre des activités » de Google Inc. (USA) par l'intermédiaire de Google Spain (promotion et vente des espaces publicitaires) : « le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large »

➤ **Les critères de rattachement**

- **La présence de l'opérateur sur le territoire**
 - Etablissement secondaire
 - représentant légal faisant office de point de contact
- **L'exercice d'une activité économique sur le territoire**
 - toute personne morale, toute entité ou tout organisme en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'Union (règlement (CE) n° 2020/1998 du 7 décembre 2020 relatif à la répression des graves violations des droits de l'homme)
 - comptage des salariés (France devoir de vigilance)
 - cotation des titres dans l'Union européenne
 - **chiffre d'affaires d'une entreprise**

Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité est éclairant sur le choix du critère de rattachement

« le critère du chiffre d'affaires réalisé dans l'UE pour les entreprises de pays tiers crée un lien avec l'Union. La prise en compte du seul chiffre d'affaires réalisé dans l'Union se justifie car un tel seuil, adéquatement calibré, crée un **lien territorial entre les entreprises de pays tiers et l'Union fondé sur les incidences que les activités de ces entreprises peuvent avoir sur le marché intérieur de l'Union**, ce qui est suffisant pour que le droit de l'Union s'applique aux entreprises de pays tiers »

Différence entre entreprises de l'Union (salariés + chiffres d'affaires = 13 000) / entreprises de pays tiers (chiffres d'affaires : 4 000)

⇒ **L'extraterritorialité du droit de l'Union par le recours à des clauses contractuelles**

- **RGPD**

- Les transferts de données personnelles fondés sur une décision d'adéquation

La Commission européenne constate que le pays tiers, un territoire ou un ou plusieurs secteurs déterminés dans ce pays tiers, ou l'organisation internationale en question, assure un niveau de protection adéquat.

- Les transferts de données personnelles fondés sur une garantie appropriée (Art. 46 et suivants)

En l'absence de décision d'adéquation de la Commission, l'entité peut transférer les données vers un pays tiers, sans autorisation préalable de l'Autorité spécifique à chaque transfert, si :

- l'entité a prévu des garanties appropriées et
- les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives.

Les **garanties appropriées** pour le transfert peuvent notamment être fournies par :

- des BCR (*binding corporate rules*) : Les BCR sont les règles internes relatives à la protection des données personnelles qu'applique une entité établie sur le territoire d'un État membre pour des transferts de données personnelles à un responsable du traitement ou un sous-traitant dans un pays tiers au sein d'un groupe d'entreprises ;
- des CCTCE (clauses contractuelles types de la Commission européenne) pouvant être adoptées par la Commission européenne ou l'autorité nationale, étant précisé qu'elles doivent ensuite être approuvées par la Commission. Le recours par une entité à des clauses types de protection des données ne l'empêche pas de fournir des garanties supplémentaires, par l'intermédiaire d'engagements contractuels complétant les clauses types de protection, visant à :
 - inclure ces clauses dans un contrat plus large, tel qu'un contrat entre le sous-traitant et un autre sous-traitant ;
 - ajouter d'autres clauses ou des garanties supplémentaires, à condition que celles-ci ne contredisent pas, directement ou indirectement, les clauses contractuelles et qu'elles ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux des personnes concernées.

- Résolution bancaire

- Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (BRRD)

Question de l'exercice des pouvoirs de l'Autorité de résolution / contrats est soumis à la loi d'un pays tiers :

- clause de "*Resolution Stay Recognition*"

insertion de clauses dans les contrats financiers en vertu desquelles les parties reconnaissent que le contrat peut être soumis à l'exercice des pouvoirs dont dispose l'autorité de résolution pour suspendre ou restreindre des droits et obligations du cocontractant en vertu de la directive.

- clause de "*Bail in' Recognition*"

obligation, pour les établissements financiers, d'insérer dans une large variété de leurs contrats soumis à la législation d'un pays tiers, une clause par laquelle les cocontractants reconnaissent en particulier les pouvoirs de "*bail in*") attribués aux autorités de résolution compétentes en cas d'ouverture d'une procédure de résolution contre l'établissement

⇒ **Les critères de rattachement encore incertains**

- Transport : *Air Transport Association of America*
- Langue : CJUE, *Google Ireland Limited*, aff. C-482/18, Conclusions Kokott
- Monnaie

**III – L'EFFECTIVITE DES DISPOSITIONS DU DROIT DE L'UNION APPLIQUEES A DES ENTITES
PAYS TIERS**

Juridictio / imperium

➤ **Les mesures visant les entités de pays tiers**

1/ Les restrictions d'accès au marché intérieur

- **Le retrait des agréments, autorisations ou licences**
 - Activité réglementée
 - Justification de la mesure
 - Droit international économique : OMC / accords de libre-échange
 - Libre circulation des capitaux

- **Le régime d'équivalence**
 - Exigences posées par l'Acte législatif / Acte d'exécution
 - Dispositif ;
- les exigences fixées par le droit du pays tiers sont comparables à celles du droit de l'Union et juridiquement contraignantes ;
- leur respect est soumis à une surveillance effective de la part des autorités nationales ;
- elles permettent d'atteindre le même résultat que les exigences fixées par le droit de l'Union.

- **La limitation d'accès aux marchés publics européens**
 - Accord sur les marchés publics / accords de libre-échange – directives marchés publics
 - Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union, C (2019) 5494, 24 juillet 2019
 - Proposition de règlement subventions / règlement MPI

2/ Les mesures restrictives de la PESC

- règlement (UE) 2020/1998 / droits de l'homme
- article 215 TFUE : « l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers »

3/ Les sanctions pénales et financières

⇒ Le pouvoir de sanction consacré par le législateur de l'Union

- L'Union européenne ne dispose pas d'une compétence pénale générale (article 83 TFUE)
- « régime européen de sanctions nationales
 - article 70 de la directive Mifid II : « les États membres déterminent le régime des règles relatives aux sanctions et mesures administratives applicables (...) et veillent à ce que leurs autorités compétentes puissent imposer de telles sanctions et mesures, et prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'elles soient appliquées. Ces sanctions et mesures sont effectives, proportionnées et dissuasives »
- « régime de sanctions européennes » :
 - un règlement

- une institution ou un organisme de l'Union
- base juridique : article 352 TFUE / article 114 TFUE
- Exemple : ESMA / CRU

4/ Les « mesures réputationnelles »

« *name and shame* » / « *comply or explain* »

- déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale responsable et la nature de l'obligation méconnue
- liste noire, rouge ou blanche
- nature du pouvoir / étendue des garanties
 - exécution
 - sanction

5/ Le *private enforcement*

- actions en dommages et intérêts
Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE* L 349, 5 décembre 2014, p. 1
- devoir de vigilance (article 19) : les États membres fixent des règles régissant la responsabilité civile de l'entreprise pour les dommages résultant du non-respect des obligations de vigilance (protection des lanceurs d'alerte)

⇒ **Le cadre institutionnel des mesures visant des entités de pays tiers**

Les autorités

- La Commission européenne
 - Acte législatif
 - Acte niveau 2 (délégué ou exécution : articles 290 et 291 TFUE)
- Les organismes institués par le législateur
 - CJUE, Gde ch., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18

- Le Parquet européen
 - article 86 TFUE

Les procédures

- // DoJ
- droit de la concurrence :
 - Pouvoirs d'enquête // CJUE, 25 juin 2014, *Nexans*, aff. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030
 - programme de clémence (*leniency programme*) pour les cartels et procédure transactionnelle

La coopération avec les autorités de pays tiers

- conclusion d'accords internationaux
 - courtoisie traditionnelle : l'État n'adopte pas unilatéralement de réglementations portant préjudice aux intérêts importants d'un autre État ;
 - courtoisie active : l'État demande à un autre État de prendre des mesures pour corriger un comportement qui affecte considérablement ses intérêts. Cela prend la forme d'accords organisant une coopération en matière d'enquête, notamment par l'échange d'informations confidentielles ;
 - courtoisie collaborative : la compétence revient à l'État le mieux placé pour établir l'infraction et adopter des sanctions ou des mesures correctrices
- La coopération prévue par le droit dérivé

Exemple : Article 4, h) du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit : une agence de crédit établie dans l'Union puisse avaliser une notation de crédit émise dans un pays tiers, il faut notamment qu'un accord de coopération approprié ait été conclu entre l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'agence de notation de crédit qui avalise la notation de crédit et l'autorité compétente concernée de l'agence de notation de crédit établie dans le pays tiers

- La coopération au sein de réseaux
 - *International Competition Network*
 - Conseil de stabilité financière, OISCO, Comité de Bâle, etc.

IV – PROBLEMATIQUES ET RECOMMANDATIONS

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