

Sanction TikTok : une nouvelle démonstration de l'extraterritorialité américaine



Stéphanie de Giovanni,
Avocat associée,
Contrats Internationaux et Responsable
Département Compliance, Cabinet Simon Associés



Anna Roulot,
Élève avocate,
Département Compliance,
Cabinet Simon Associés

« Les États-Unis doivent prendre des mesures agressives contre les propriétaires de TikTok pour protéger la sécurité nationale¹. » Voici ce que l'on peut lire dans le décret² pris par le président américain au mois d'août 2020 à l'encontre de l'application chinoise TikTok.

TikTok, l'application chinoise de petites vidéos prisée des adolescents et faisant partie des applications les plus téléchargées de ces dernières années, est au cœur des nouvelles mesures de sanctions américaines à l'encontre des entreprises technologiques chinoises à l'instar notamment des sanctions visant le géant de la téléphonie Huawei. Cependant, dès novembre 2019, TikTok était dans le viseur des autorités américaines, le Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis (« CFIUS ») avait en effet ouvert une enquête sur l'acquisition de l'application américaine Musical.ly (aujourd'hui TikTok) par ByteDance Ltd. (société mère de TikTok) en novembre 2017 pour un montant d'environ un milliard de dollars³. Le 29 juillet 2020 et à la suite de ce contrôle, le secrétaire américain au Trésor a annoncé qu'une recommandation serait alors transmise au président américain⁴.

Peu de temps après, le président américain a édicté, au nom de la sécurité nationale, plusieurs décrets visant notamment à sceller le sort de TikTok aux États-Unis.

ACTE I : L'INTERDICTION DES TRANSACTIONS AVEC TIKTOK

En se fondant sur les pouvoirs qui lui sont conférés par le « *International*



Emergency Economic Powers Act » (« IEEPA ») et le « *National Emergencies Act* » (« NEA »), le président américain a pris deux décrets le 6 août 2020⁵, visant à interdire à toute personne soumise à la juridiction des États-Unis de réaliser toute transaction avec les maisons mères de TikTok et de WeChat (ByteDance Ltd. et Tencent Holdings Ltd). Cette interdiction devait entrer en vigueur 45 jours après sa publication, soit le 20 septembre 2020.

Le 18 septembre 2020, le département américain du Commerce a défini quelles seraient les transactions commerciales prohibées avec les applications TikTok

et WeChat⁶. Cette définition distingue toutefois les deux applications en leur accordant des délais différents. Ainsi, sont prohibés, à compter du 20 septembre 2020, « *Toute fourniture de service visant à distribuer ou à maintenir les applications mobiles WeChat ou TikTok, le code constitutif ou les mises à jour d'applications par l'intermédiaire de boutiques d'applications mobiles en ligne aux États-Unis* »⁷. Sont également prohibées, à compter du 20 septembre 2020 pour WeChat et à compter du 12 novembre pour TikTok, toute transaction qui viserait à fournir aux applications des services d'hébergement

1) Décret n° 13942 du 6 août 2020 sur la menace que représente TikTok et la prise de mesures supplémentaires pour répondre à l'urgence nationale concernant la chaîne d'approvisionnement des technologies et services de l'information et des communications : www.federalregister.gov/d/2020-17699 (Traduction libre)

2) « *Executive Order* »

3) www.reuters.com/article/us-tiktok-cfius-exclusive/exclusive-u-s-opens-national-security-investigation-into-tiktok-sources-idUSKBN1XB4IL

4) www.reuters.com/article/us-usa-china-tiktok-treasury/u-s-treasury-to-make-recommendation-on-tiktok-to-trump-this-week-mnuchin-idUSKCN24U288

5) Décret n° 13942 du 6 août 2020 et décret n° 13943 du 6 août 2020 sur la menace que représente WeChat et la prise de mesures supplémentaires pour répondre à l'urgence nationale concernant la chaîne d'approvisionnement des technologies et services de l'information et des communications : www.federalregister.gov/d/2020-17700

6) www.commerce.gov/news/press-releases/2020/09/commerce-department-prohibits-wechat-and-tiktok-transactions-protect

7) Traduction libre.

Internet, de réseaux de diffusion de contenu, de transit ainsi que l'utilisation de codes, fonctions ou services dans des logiciels ou services américains.

Le décret visant TikTok dénonce en particulier son mode de fonctionnement en indiquant que l'application permet de récolter de façon automatique un nombre important de données personnelles sur ses utilisateurs telles que des données de localisation et l'historique de navigation Internet.

Selon le décret, cette collecte massive de données personnelles « pourrait permettre au parti communiste chinois d'accéder aux informations personnelles et exclusives des américains, ce qui permettrait à la Chine de localiser les employés et les entrepreneurs fédéraux, de constituer des dossiers d'informations personnelles à des fins de chantage et de mener des activités d'espionnage industriel »⁸. En outre, le décret évoque aussi la possibilité que TikTok participerait à la censure du Parti communiste chinois, notamment en ce qui concerne « les protestations à Hong Kong et le traitement réservé par la Chine aux ouïghours et aux autres minorités musulmanes »⁹.

Ainsi et aux termes de ce décret, les applications chinoises TikTok et WeChat constitueraient une menace « à la sécurité nationale, la politique extérieure et l'économie des États-Unis » qui justifie de restreindre l'accès de ces dernières aux données américaines et de toute transaction qui pourrait permettre cet accès. Cette menace éventuelle a incité le président américain à prendre un décret supplémentaire une semaine après son décret du 6 août 2020.

ACTE II : OBLIGATION DE CESSION TOTALE DE TIKTOK AUX ÉTATS-UNIS

Invoquant l'existence de preuves tangibles que l'acquisition de Musical.ly par ByteDance Ltd. en 2017 « menace de porter atteinte à la sécurité nationale des États-Unis »¹⁰, le Président américain a publié un second décret le 14 août 2020¹¹ visant spécifiquement ByteDance Ltd. Ce décret ordonne à ByteDance Ltd. de céder, dans un



délai de 90 jours, tous ses intérêts et droits « sur tous les actifs ou biens utilisés permettant ou soutenant le fonctionnement de TikTok aux États-Unis » et « toutes les données obtenues ou dérivées des utilisateurs de TikTok ou de Musical.ly aux États-Unis ».

Cette cession devrait être soumise à des conditions strictes qui sont fixées par le décret. Ainsi, toute vente ou cession de TikTok devra être soumise à l'approbation du CFIUS¹² qui évaluera si l'acquisition de TikTok menacerait de la même manière la sécurité nationale des États-Unis. À ce titre, le comité pourra prendre en considération plusieurs éléments, notamment « le fait que l'acheteur soit une personne américaine ou qu'il appartienne à des personnes américaines ; qu'il ait une relation quelconque avec ByteDance Ltd., ou ses dirigeants, employés ou actionnaires ; et qu'il puisse démontrer qu'il soutiendra le respect du décret »¹³. Le CFIUS pourra également prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires et appropriées pour « vérifier le respect de ce décret et pour s'assurer que les opérations de l'application TikTok sont effectuées de manière à assurer la protection de la sécurité nationale des États-Unis »¹⁴.

Le sort de TikTok semble donc scellé : ByteDance Ltd. devra céder les activités américaines de l'application TikTok avant le 12 novembre 2020. Toutefois, il convient de rappeler que même dans le cas d'une acquisition de TikTok par une entreprise américaine, les transactions effectuées avec ByteDance Ltd ou ses filiales restent soumises aux interdictions prévues au décret du 6 août 2020.

UN AVENIR TOUJOURS INCERTAIN POUR TIKTOK |||

À la suite de la publication des décrets, plusieurs entreprises technologiques américaines, dont Microsoft, Twitter et Oracle, ont exprimé leur intérêt ou annoncé des discussions avec ByteDance Ltd., pour acquérir les activités de TikTok aux États-Unis. Cependant, la recherche d'un accord a fait l'objet de nombreux rebondissements.

Finalement, le 19 septembre, un accord de principe a été trouvé in extremis entre ByteDance Ltd., Oracle et Walmart. Ce nouvel accord prévoit qu'Oracle sera le partenaire technologique de ByteDance Ltd. et Walmart son partenaire commercial aux États-Unis. Ces deux sociétés pourront alors acquérir jusqu'à 20 % du capital social de TikTok Global nouvelle société qui devrait englober l'activité internationale de l'application¹⁵.

8) Traduction libre.

9) Traduction libre.

10) Traduction libre.

11) Décret du 14 août 2020 sur l'acquisition de Musical.ly par ByteDance Ltd. : www.federalregister.gov/d/2020-18360

12) Comité pour l'Investissement Étranger aux États-Unis.

13) Traduction libre.

14) Traduction libre.

15) www.nytimes.com/2020/09/19/technology/trump-oracle-and-tiktok.html

Agenda



SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, COUR DE CASSATION, UNIVERSITÉ TOULOUSE 3 CAPITOLE, ENM

L'office du juge, dire le droit pour résoudre
un conflit

16 novembre 2020

Cour de cassation

5, quai de l'horloge 75001 Paris

www.courdecassation.fr

2020-3816

AFJE ET CABINET DELOITTE-TAJ

La DJ post-crise : revoir son organisation
et son positionnement

17 novembre 2020

À distance

Renseignements : 01 42 61 53 59

formation@afje.org

www.afje.org/agenda

2020-3807

ASSOCIATION OPENLAW ET LE VILLAGE DE LA JUSTICE

RDV Transformations du droit

19/20 novembre 2020

Palais des congrès

2, place de la Porte-Maillot 75017 Paris

<https://transformations-droit.com>

2020-3682

UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS

Pleins feux sur le secret professionnel de l'avocat

20 novembre 2020

La Défense 92030 Paris La Défense

www.uianet.org

2020-3746

COMUNDI

Carrefour du droit – 13^e édition

20 novembre 2020

New Cap Event Center

3, quai de Grenelle 75015 Paris

www.comundi.fr/formations/carrefour-du-droit.html

2020-3819

||||| USA

Le président américain a donné son aval à cet accord et le département américain du Commerce a annoncé qu'il reporterait au 27 septembre 2020 l'interdiction des transactions américaines avec TikTok¹⁶.

Malgré cet accord de principe, le sort de TikTok n'est pas pour autant scellé, et de nombreuses interrogations demeurent, notamment quant à la participation de ByteDance Ltd. dans TikTok Global. Aux termes du décret du 14 août 2020, cet accord devra également obtenir l'approbation du CFIUS. En outre, les autorités chinoises ne sont pas encore prononcées sur l'accord et il reste possible qu'elles décident de le remettre en cause¹⁷.

LA RÉPONSE DES AUTORITÉS CHINOISES ET LA DÉFENSE DE TIKTOK AUX ÉTATS-UNIS |||||

En marge de ces négociations tumultueuses, la Chine a annoncé, le 29 août 2020, la modification de sa liste des technologies faisant l'objet d'interdictions ou de restrictions en matière d'exportations. En effet, une licence sera désormais nécessaire pour exporter des technologies d'intelligence artificielle « basées sur l'analyse de données pour des services de recommandation de contenus personnalisés »¹⁸, technologie qui ressemble fortement à l'algorithme qu'utilise TikTok pour proposer des vidéos personnalisées à ses utilisateurs. ByteDance Ltd. a alors indiqué avoir déposé une demande de licence auprès des autorités chinoises afin de pouvoir procéder à la cession des activités américaines de TikTok¹⁹.

De leur côté, TikTok et ByteDance Ltd. ont annoncé, le 24 août 2020²⁰, avoir introduit un recours contre le président américain, le secrétaire américain au Commerce et le département américain du Commerce afin d'empêcher le gouvernement d'interdire son application conformément au décret du 6 août 2020. Ils font notamment valoir que le président viole certains de leurs droits constitutionnels, qu'il dépasse le champ d'application des

règles de sanctions prévu par le IEEPA et qu'aucune preuve quant au fait que TikTok représente une menace pour la sécurité nationale des États-Unis n'est apportée.

En parallèle, à la suite d'un recours introduit par des utilisateurs de WeChat au mois d'août²¹, la justice américaine a décidé, le 20 septembre 2020, de suspendre le décret par lequel le département américain du Commerce imposait aux boutiques d'applications, de ne plus proposer au téléchargement l'application chinoise WeChat²².

Le Tribunal fédéral saisi a estimé que les utilisateurs de WeChat « ont soulevé des questions légitimes sur le bien-fondé du recours au premier amendement »²³.

“ Cette affaire illustre parfaitement la politique extérieure de plus en plus agressive des États-Unis vis-à-vis de la Chine. ”

Le 27 septembre 2020, au dernier moment possible, un juge de Washington DC a rendu une injonction préliminaire suspendant temporairement le décret du 6 août 2020 du président américain visant à interdire les nouveaux téléchargements de TikTok sur les boutiques d'applications à compter du 27 septembre 2020 à minuit²⁴. Il ne s'est cependant pas prononcé sur les autres restrictions prévues par le décret et devant entrer en vigueur le 12 novembre 2020²⁵.

Cette affaire illustre parfaitement la politique extérieure de plus en plus agressive des États-Unis vis-à-vis de la Chine, notamment à l'égard des entreprises d'information et de technologie, qui ont été définies comme des entreprises appartenant à un secteur clef – et même crucial – par le gouvernement américain.

2020-6350

16) www.commerce.gov/news/press-releases/2020/09/statement-delayed-prohibitions-related-tiktok

17) www.nytimes.com/2020/09/21/technology/tiktok-bytedance-deal-walmart-oracle.html

18) www.nytimes.com/2020/08/29/technology/china-tiktok-export-controls.html (Traduction libre)

19) www.reuters.com/article/us-usa-tiktok-bytedance/bytedance-applies-for-tech-export-licence-in-china-amid-tiktok-deal-talks-idUSKCN26E3OE

20) newsroom.tiktok.com/en-us/tiktok-files-lawsuit

21) www.wsj.com/articles/lawsuit-claims-u-s-wechat-ban-is-unconstitutional-11598059765?mod=cjemailNEWS

22) www.wsj.com/articles/wechat-ban-is-blocked-by-federal-judge-in-ruling-against-trump-administration-11600609504

23) www.courtlistener.com/docket/17470217/59/us-wechat-users-alliance/ (Traduction libre)

24) docs.dpaq.de/16859-show_temp.pl-95.pdf

25) www.theguardian.com/technology/2020/sep/28/us-judge-temporarily-blocks-trump-order-banning-tiktok-app-store-downloads