

Union européenne – Marchés financiers – Dialogues réglementaires avec les États-Unis.

Déclaration commune UE-USA sur les marchés financiers du 12 février 2016¹.

La convergence et la coopération entre l'Union européenne et les États-Unis concernant les marchés financiers.

Commentaire d'Aline Tenenbaum

Le dialogue réglementaire sur les marchés financiers avec les États-Unis a été initié en 2002 : il regroupe désormais des représentants de la Commission, des autorités européennes sectorielles de surveillance, du Trésor américain, des agences réglementaires américaines indépendantes, notamment de la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) et de la Securities and Exchange Commission. Depuis 2009, au lendemain de la crise financière, le dialogue réglementaire s'est accentué : dans le cadre du G20, sous l'égide du nouveau Conseil de stabilité financière mis en place au sommet de Londres et au cours de réunions informelles, les États se sont efforcés d'échanger de façon plus étroite des informations, d'identifier des zones réglementaires de risques et de trouver des solutions pour une meilleure convergence globale.

La déclaration commune du 12 février 2016 s'inscrit dans ce cadre. Concernant spécifiquement les acteurs des marchés financiers, l'Union européenne et les régulateurs américains ont encouragé un accord sur une harmonisation du statut et de l'activité des contreparties centrales dans le cadre de la réglementation des produits dérivés². Cette déclaration fait suite à l'approche commune publiée le 10 février 2016 entre

la Commission et la CFTC, attendue de longue date par les opérateurs³. Elle porte sur une reconnaissance mutuelle d'équivalence par la Commission européenne et la CFTC du statut des contreparties centrales agréées respectivement par les autorités européennes et par la CFTC⁴. Ainsi, selon une technique largement éprouvée⁵, les contreparties centrales américaines pourront, tout en respectant les conditions posées par la régulation américaine, fournir des services en Europe ; symétriquement, les contreparties centrales gérées en Europe pourront proposer leurs services aux États-Unis en se conformant aux règles européennes. Par ailleurs, la Commission s'engage à proposer une décision d'équivalence dans le cadre du Règlement EMIR entre les plateformes d'échanges américaines et les marchés réglementés européens. Cette reconnaissance mutuelle devra s'appuyer sur un important travail d'harmonisation et de convergence des règles encadrant le statut et les activités des contreparties centrales : le niveau des capitaux propres pour couvrir les risques opérationnels et les méthodes de calcul de couverture des risques seront au centre des débats sur la reconnaissance de l'équivalence des règles⁶. ■

1. http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/global/160212-us-eu-joint-statement_en.pdf.

2. Règlement (EU) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (Règlement EMIR), JO L 201 du 27 juillet 2012.

3. http://ec.europa.eu/finance/financial-markets/docs/derivatives/20160210-eu-cftc-joint-statement_en.pdf. V. sur le processus d'élaboration de la régulation, B. Bréhier, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *Rev. dr. banc. et fin.* mai-juin 2015, p. 83. Sur les différences entre les règles américaines et européennes, v. le rapport final de l'ESMA du 1^{er} septembre 2013 (ESMA/2013/BS/1157) et la consultation lancée le 14 décembre 2015 (consultation paper – review of Article 26 of RTS n° 153/2013 with respect to MPOR for client accounts – Esma/2015/1867).

4. Sur le rôle des contreparties centrales, v. M. Seve, *La Régulation financière face à la crise*, Bruylant 2013, p. 580 et suiv.

5. Des décisions d'équivalence ont été prises antérieurement en octobre 2014 pour l'Australie, Singapour, le Japon et Hong Kong et en novembre 2015 pour le Canada, la Suisse, l'Afrique du Sud et la Corée.

6. J. Aigrain, « Les contreparties centrales, instruments de stabilité et d'atténuation du risque », *Revue de la stabilité financière*, n° 17, avril 2013, p. 173. Sur la comparaison des règles américaines et européennes, v. C. Brummer, *Soft law and the global financial system, rule making in the 21st century*, Cambridge University Press 2015, spéc. p. 302 et suiv.

Secret bancaire – Protection – Article 8 de la CEDH – Mise à l'écart – Conditions – Convention d'entraide fiscale – Ingérence justifiée.

CEDH 22 décembre 2015, Aff. G.S.B. c/ Suisse, requête n° 28601/11.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Attaqué de toutes parts, le secret bancaire semble bien moribond même dans les pays où l'on pensait qu'il était le mieux protégé¹. La lutte contre la fraude et

l'évasion fiscale transfrontière et le renforcement de la lutte contre le blanchiment de capitaux engagés depuis les crises financières qui se sont succédé ces dernières années semble en effet avoir eu raison de cette institution pluriséculaire permettant d'asseoir la relation de confiance nouée entre le banquier et ses clients² et de préserver la vie privée de ces derniers³. Cela fait d'ailleurs déjà quelques années que l'ère du secret bancaire

1. Pour une présentation du secret bancaire en Suisse, G. Fatio, « Le secret bancaire en Suisse », *Gaz. Pal.*, mai-juin 2005, p. 1683 et s ; J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, Approches nationale et internationale*, RB Édition 2013, spéc. n° 197 et s.

2. J. Lasserre Capdeville, *op. cit.*, spéc. n° 6.

3. La Cour de cassation vise en effet l'article 9 du Code civil lorsqu'elle sanctionne la violation de ce secret, Com. 21 septembre 2010, *Banque et Droit*, novembre 2010, p. 21, obs. Th. Bonneau, RTDcom. 2010, p. 761, obs. D. Legeais, RDBF, mars-avril 2011, comm. 35, obs F.-X. Crédot et T. Samin.

semble révolue et s'efface peu à peu devant les obligations de dénonciation ou de déclaration imposées au nom de l'intérêt général⁴. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 22 décembre 2015 s'inscrit dans ce mouvement tout en confirmant que les informations bancaires font en principe partie des données personnelles protégées sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵. Il révèle ainsi que si le secret bancaire constitue bien une composante du droit fondamental à la protection de la vie privée, sa portée est en pratique bien tenue et doit s'effacer face aux exigences de la lutte contre l'évasion fiscale transfrontière⁶.

2. Mais avant même de s'interroger sur le bien-fondé et la portée de la solution retenue par la Cour européenne, il convient de rappeler le contexte dans lequel elle a été saisie. Cet arrêt constitue en effet le dernier développement en date de la gigantesque affaire à la fois politique, diplomatique et juridique opposant la banque UBS aux autorités fiscales américaines, née à la suite de la dénonciation d'un employé de la banque à Genève, ayant révélé que des milliers de contribuables de nationalité américaine étaient titulaires de comptes bancaires non déclarés à leurs autorités nationales. Cette première « affaire » UBS⁷ concernait plus de 15 milliards d'actifs et 52 000 contribuables américains. À la suite de l'enquête des autorités américaines, UBS a conclu avec ces dernières le 18 février 2009 un *deferred prosecution agreement* (DPA)⁸ par lequel la banque a accepté de payer une somme de 780 millions de dollars et reconnu avoir permis à des contribuables américains de dissimuler leur fortune et revenus aux autorités fiscales américaines par le biais de comptes *offshore*. Dès le lendemain de cet accord, l'administration fiscale américaine introduisait une procédure civile visant à enjoindre à UBS de lever l'identité de ses 52 000 clients américains et à obtenir un certain nombre de données sur les comptes dont ils étaient titulaires, demande s'avérant en contradiction avec le droit suisse. Prise en tenaille entre les exigences du droit suisse interdisant ces transmissions et un refus

de coopération avec les autorités judiciaires américaines pouvant remettre en cause l'accord conclu avec le département de la Justice, UBS s'est alors retrouvée dans une situation particulièrement délicate, présentant en outre de sérieuses menaces pour sa survie. On comprend dans ces conditions que très rapidement, les autorités politiques suisses se soient emparées de cet épineux dossier. Dans un premier temps, un accord intergouvernemental a été signé entre la Suisse et les États-Unis par lequel la Suisse s'engageait à traiter les demandes d'entraide fiscale formulées par les autorités fiscales américaines en échange d'une suspension de la procédure judiciaire. Mais ce premier accord fut remis en cause par une décision du Tribunal administratif fédéral suisse au motif que celui-ci ne pouvait s'inscrire que dans le cadre fixé par la Convention du 2 octobre 1996 entre la Suisse et les États-Unis relatif aux doubles impositions, ne permettant l'échange d'informations qu'en cas de fraude fiscale et non de simple soustraction à l'impôt⁹. Seul un traité international ratifié par le Parlement fédéral suisse permettait cet élargissement considérable de transmission de données. Afin d'éviter de nouvelles procédures judiciaires, un nouvel accord ayant cette fois-ci le statut de convention internationale fut signé entre la Suisse et les États-Unis le 31 mars 2010 et approuvé par le Parlement suisse le 17 juin 2010 (connu sous le nom de Convention 10), Convention dont la validité a été confirmée le Tribunal administratif fédéral le 15 juillet 2010.

3. Le requérant est en l'espèce un des nombreux contribuables visés par les transmissions d'information imposées à UBS par cet accord, communication des données bancaires qui s'effectue en deux temps : dans un premier temps aux autorités fiscales suisses, elles-mêmes chargées de vérifier que la situation du requérant relève bien de la Convention 10, puis, dans un second temps, par les autorités fiscales suisses à l'administration fiscale américaine. Après avoir contesté en vain la communication de ses données bancaires aux autorités américaines devant le Tribunal administratif fédéral, le requérant a saisi la Cour européenne des droits de l'homme au motif que la transmission de ses données bancaires dans le cadre de l'entraide administrative entre la Suisse et les États-Unis constituait une ingérence injustifiée dans la protection de sa vie privée et de sa correspondance garantie par l'article 8 de la Convention¹⁰.

4. D'emblée, on relèvera que la Cour confirme, tout d'abord, que les informations relatives aux comptes bancaires constituent bien des données personnelles protégées au titre de l'article 8 de la Convention. Les

4. Au cours d'une réunion du G20 à Londres en avril 2009 avait déjà été affirmé : « l'ère du secret bancaire est terminée » ; voir P. Neau Leduc, « Responsabilité du banquier et Droits de l'homme », RDBF 2006, dossier 26 ; « Secret bancaire et frontières », RDBF 2010, dossier 2.

5. Dans le même sens, voir CEDH 7 juillet 2015, *M.N. et autres c/ Saint-Marin*, n° 28005/12. Dans cet arrêt, la Cour avait conclu à la violation de la Convention par Saint-Marin. Certains auteurs avaient pourtant émis des doutes sur la possible protection du secret bancaire sur le fondement de l'article 8 de la CEDH, C. Kleiner, « Les droits de l'homme et le secret bancaire, opposition ou subsumption », *JDI*, octobre 2015, doct. 15.

6. T. Baums, Th. Bonneau et A. Prüm, « L'échange automatique d'informations face au respect de la vie privée, au secret bancaire et aux principes de liberté du marché intérieur », *RTDfin*, n° 1-2010, p. 30 et s.

7. La banque UBS est en effet impliquée dans d'autres affaires d'évasion fiscale transfrontière, notamment en France, actuellement en cours d'instruction. Voir aussi, Commission des sanctions ACP, 25 juin 2013, *UBS (France) SA*, procédures n° 2012-03, *Gaz. Pal.*, 8 au 9 novembre 2013, p. 33, note J. Morel-Maroger.

8. Sur le *deferred prosecution agreement*, v. A. Mignon Colombet et F. Buthiau, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G* 2013, 359 ; L. Cohen-Tanugi et E. Breen, « Le *Defferred prosecution agreement* américain. Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G* 2013, 954.

9. Le droit suisse distingue la fraude fiscale d'une part qui constitue une infraction pénale et la soustraction à l'impôt d'autre part, qui ne constitue qu'une infraction de droit administratif. L'autorité fiscale suisse ne peut en principe lever le secret bancaire qu'en cas de fraude fiscale, c'est-à-dire d'utilisation de documents faux, falsifiés ou comportant des déclarations mensongères et non en cas de soustraction à l'impôt, c'est-à-dire d'omission dans les déclarations. L'accord ici signé déroge à ce principe et permet la levée du secret bancaire pour simple soustraction à l'impôt.

10. Le requérant invoquait également la violation de l'article 14 au motif que la Convention d'entraide signée par la Suisse ne visait que les clients d'UBS et non des autres banques suisses, argument rejeté par la Cour.

données bancaires relèvent en effet tant de la vie privée que de la correspondance protégée par ce texte. Le fait que les données bancaires fassent partie de la vie privée et que la violation du secret bancaire soit appréciée à l'aune de l'article 8 de la Convention rejoint la solution déjà admise en droit interne qui rattache la violation du secret bancaire à la violation de la vie privée¹¹. Mais ce n'est que très récemment que la reconnaissance des données bancaires comme des données protégées sur le fondement de l'article 8 de la Convention a été consacrée. Cet arrêt constitue, en effet, la seconde affirmation¹² en peu de temps de ce principe. Paradoxalement, cette consécration intervient au moment où le secret bancaire est amené à céder de plus en plus souvent au nom de la transparence et de la lutte contre l'argent d'origine illicite. Dans quels cas le droit au respect de la vie privée et de la correspondance peut-il être écarté? L'article 8 § 2 de la Convention le précise : « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit pour autant que cette ingérence est prévue par la loi, et qu'elle constitue une mesure, qui dans une société démocratique, est nécessaire à la sûreté nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales [...] ». Une convention bilatérale d'entraide fiscale destinée à lutter contre l'évasion fiscale transfrontière répond-elle à ces exigences? Plus généralement, les obligations de dénonciation ou de déclaration imposées au nom de la surveillance des flux financiers peuvent-elles légitimement fonder la mise à l'écart du secret bancaire? L'arrêt de la Cour est loin de répondre à toutes les interrogations soulevées mais admet très largement l'ingérence dans la vie privée du requérant.

5. S'agissant de contester cette ingérence, trois séries d'arguments étaient invoquées par le requérant. En premier lieu, il contestait le fait que l'ingérence ait été « prévue par la loi », principe qui impose que la mesure litigieuse ait une base en droit interne et soit suffisamment accessible et prévisible pour le requérant. Le principal reproche formulé à l'accord résultait du fait que celui-ci avait vocation à s'appliquer de manière rétroactive. En effet, signé en 2010, il permettait pourtant la transmission d'informations sur les contribuables américains ayant détenu des comptes bancaires localisés en Suisse au sein d'une des entités d'UBS dans la période comprise entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2008. La Cour écarte cet argument au motif que l'entraide administrative en matière fiscale relèverait du droit procédural, et peut dans ces conditions s'appliquer à des exercices fiscaux antérieurs à son adoption. Pourquoi une demande d'entraide fiscale visant à transmettre des données bancaires pouvant ensuite fonder des poursuites sur le sol américain relèverait du droit procédural? Une telle qualification apparaît pour le moins contestable et cette question aurait sans nul doute mérité d'être approfondie dans la présente espèce¹³. On

ne pourra que regretter que la Cour ne se soit pas davantage attardée sur ce point au motif que cette qualification « procédurale » n'était pas contestée par le requérant. Elle en déduit avec une motivation assez laconique que celui-ci ne pouvait ignorer cette pratique fiscale et que l'ingérence n'était ainsi pas imprévisible.

6. Cet argument balayé, restait encore à vérifier si les mesures imposées par l'entraide fiscale poursuivaient un but légitime et étaient proportionnées au but poursuivi. Figurent parmi les buts légitimes mentionnés dans l'article 8 § 2 de la Convention le « bien-être économique du pays » et la « prévention des infractions pénales ». C'est en se fondant sur le bien-être économique du pays que la Cour considère l'ingérence dans la vie privée du requérant comme légitime au regard de l'importance de l'activité bancaire et plus spécialement de la banque UBS pour l'économie suisse dont la survie aurait pu être remise en cause sans accord avec les autorités américaines. Une fois le but légitime acquis, il fallait encore vérifier que l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique, autrement dit, si elle ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la vie privée du requérant. Ici encore, la Cour relève que le requérant n'avance pas d'arguments très étayés pour défendre son droit et qu'il apparaissait légitime de faire primer l'intérêt général de la Suisse à respecter ses engagements internationaux sur l'intérêt privé du requérant. Elle précise encore qu'étaient en cause des données bancaires, qui ne constituaient pas des données intimes ou étroitement liées à son identité qui auraient, elles, mérité une protection accrue. Elle conclut qu'au vu « de la nature peu personnelle des données révélées, il n'était pas déraisonnable pour la Suisse de faire primer l'intérêt général d'un règlement efficace et satisfaisant avec les États-Unis sur l'intérêt privé du requérant ». La portée de la protection accordée aux individus sur le terrain de l'article 8 dépend alors de la nature plus ou moins personnelle des informations révélées, distinction qui ne figure aucunement dans l'article 8 § 2 de la Convention¹⁴.

7. Dans le conflit entre droits fondamentaux de l'individu et intérêt général créé par les échanges d'informations imposés au nom de la lutte contre l'évasion fiscale, la Cour européenne tranche ainsi clairement en faveur de l'intérêt public. Les banques, directement en matière de lutte contre le blanchiment, ou indirectement à travers les échanges d'informations imposées pour lutter contre l'évasion fiscale transfrontière, sont progressivement devenues des agents de renseignement des pouvoirs publics, provoquant des conflits de droits et de valeurs délicats. Dans ces conflits qui se nouent entre intérêts publics et respect des droits fondamentaux des clients des banques, les solutions retenues tant par les autorités politiques que judiciaires se tra-

11. Com. 21 septembre 2010, précité.

12. Le principe a été pour la première fois consacré par la Cour le 7 juillet 2015, voir arrêt précité.

13. Il convient toutefois de noter que la notion de matière procédurale ne revêt pas la

même signification en droit fiscal que dans les autres matières de droit, M. Collet et P. Collin, *Procédures fiscales*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2014, n° 1 et s.

14. Cette idée d'une protection à géométrie variable selon le caractère plus ou moins sensible des informations existe en revanche en matière de protection des données personnelles, Voir A. Debet, J. Massot, N. Metallinos, A. Danis-Fatôme et O. Lesobre, *Informatique et Libertés*, Lextenso 2015, n° 860 et s.

duisent incontestablement par un important recul de la protection des droits fondamentaux des personnes et la disparition progressive du secret bancaire¹⁵. Cette décision est toutefois loin de répondre à toutes les interrogations que peuvent susciter les révélations des données de leurs clients au nom de l'intérêt général. En effet, on rappellera que l'article 8 § 2 admet l'ingérence lorsqu'elle est le fait d'une autorité publique, ce qui était le cas en l'espèce. Mais ce sont en pratique bien souvent les établissements bancaires eux-mêmes qui doivent déclarer, voire dénoncer, les pratiques sus-

pectes et par conséquent les données personnelles de leurs clients. Or les banques ne sauraient être assimilées à des autorités publiques. Peut-on, dans ces conditions, considérer que les atteintes directement portées par des établissements privés au droit fondamental au respect de la vie privée peuvent être qualifiées de légitimes au regard de l'article 8 § 2 de la Convention ? La question ne s'est-elle jamais posée mais pourrait soulever de redoutables difficultés. S'il n'est pas douteux que la lutte contre les circuits d'argent sale constitue une nécessité, les moyens mis en œuvre pour y parvenir et les entorses aux droits fondamentaux qu'ils comportent devraient sans doute être mieux pris en compte. ■

15. T. Baums, Th. Bonneau et A. Prüm, article précité.

Clauses asymétriques de juridiction – Option unilatérale – Règlement CE n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I).

Cass. 1re civ., 7 oct. 2015, n° 14-16898, Sté eBizcuss c/ Sté Apple, FS-PB.

Et de trois ! La Première chambre civile de la Cour de cassation a rendu son troisième arrêt sur la validité des clauses de juridiction offrant une option unilatérale, dites également clauses asymétriques. Les deux arrêts précédents avaient créé une incertitude juridique préjudiciable à l'attractivité du droit français. En soulevant des questions qui n'ont pas lieu d'être sur la potestativité et en décelant un changement de politique législative dans le passage de la Convention de Bruxelles de 1968 au Règlement de Bruxelles I, la sanction inattendue de la Cour de cassation a soulevé un véritable raz-de-marée qui a distingué – négativement – la France du courant majoritaire donnant effet aux conventions librement convenues entre professionnels en matière internationale. Le nouvel arrêt du 7 octobre 2015 semble amorcer une approche plus objective en harmonie avec les impératifs du commerce international. Cette chronique retracera brièvement l'évolution jurisprudentielle française et internationale sur les clauses asymétriques de juridiction après avoir rappelé leur utilité économique.

Commentaire de Georges Affaki¹

1. Les clauses asymétriques – pourquoi ? Les clauses d'option unilatérales de juridiction sont des clauses qui placent les parties dans des situations différentes en imposant à l'une d'elles de saisir une juridiction désignée, tout en accordant à l'autre le choix entre plusieurs juridictions généralement compétentes au titre d'un critère de rattachement objectif. Une asymétrie procédurale est alors

convenue par les co-contractants. Par exemple, la clause attributive de juridiction dans l'affaire étudiée imposait au revendeur, la société eBizcuss, d'agir devant les juridictions irlandaises, siège du fournisseur, la société Apple Sales International, alors qu'était offerte à cette dernière, de manière optionnelle, la faculté de saisir les juridictions dans le ressort desquelles se trouve le siège du revendeur ou de tout pays où le fournisseur subirait un préjudice².

2. Loin d'exprimer systématiquement l'arbitraire d'une partie dominante, ces clauses présentent des avantages bien réels. En premier lieu, elles permettent au bénéficiaire de l'option d'identifier à l'avance la juridiction devant laquelle sa responsabilité sera engagée. Cela lui garantit donc une prévisibilité tant géographique que juridique en étant en mesure d'anticiper les issues de potentiels conflits et ainsi de mieux évaluer ses risques juridiques. En second lieu, le bénéficiaire de l'option se préserve un atout en s'offrant une liberté de choix du for dans l'hypothèse où il engagerait la responsabilité de son cocontractant. Dès lors qu'il peut attendre que le conflit soit né pour choisir le for, il sera en mesure de choisir la juridiction la plus adéquate en fonction de la nature du conflit et des précédents jurisprudentiels pertinents. En matière bancaire par exemple, ces clauses diminuent le risque juridique du prêteur et favorisent ainsi l'octroi de crédit tout en réduisant son coût pour l'emprunteur.

3. Les clauses asymétriques de juridiction sont largement répandues dans les contrats internationaux. Dans les opérations de banque, on vient à les rencontrer dans les contrats de prêt, les émissions d'obligations ou encore les contrats de swaps. On les rencontre également dans les opérations de rachat de sociétés, les contrats de dis-

2. Traduction de l'original anglais : « This Agreement and the corresponding relationship between the parties shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ireland and the parties shall submit to the jurisdiction of the courts of the Republic of Ireland. Apple reserves the right to institute proceedings against Reseller in the courts having jurisdiction in the place where Reseller has its seat or in any jurisdiction where a harm to Apple is occurring. »

1. Avec la collaboration de Mounia Mikou, élève avocat EFB.