

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Maître de conférences HDR
Université Paris Dauphine
– PSL Research University
– Cr2D



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil

Législation américaine – Extraterritorialité – Portée – Sanctions économiques – Banques françaises – Remèdes.

Rapport d'information déposée par la Commission des affaires étrangères et la commission des finances de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2016, Président P. Lellouche, Rapporteuse K. Berger, AN n° 4082.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Les sanctions imposées par les États-Unis à des entreprises européennes ces dernières années ont exposé au grand jour la question de l'extraterritorialité du droit américain¹, et suscité des réactions virulentes en France depuis les colossales sanctions imposées à la banque BNP-Paribas, contrainte non seulement au versement d'une somme de 9 milliards de dollars mais aussi à la mise à l'écart certains de ses dirigeants, à la réorganisation interne de l'établissement sous le contrôle d'experts indépendants ou encore à l'interdiction provisoire des opérations de compensation en dollars. Le rapport d'information parlementaire de l'Assemblée nationale, présidé par Pierre Lellouche, livre une analyse très complète et approfondie des législations américaines à portée extraterritoriale et de leur mise en œuvre par les autorités américaines. Il formule aussi différentes propositions destinées à permettre à la France et même à l'Europe de se doter d'outils permettant de cantonner ce que les parlementaires considèrent comme des manifestations souvent abusives de l'impérialisme américain.

2. On laissera de côté, dans le cadre de la présente chronique, la question des sanctions prononcées pour

violation des dispositifs anti-corruption (FCPA) qui ont essentiellement visé des grands groupes industriels non américains bénéficiant de filiales aux États-Unis, dont les actions sont cotées au New York Stock Exchange ou qui avaient procédé à des émissions de titres sur les marchés américains², pour s'intéresser à celles qui concernent plus spécialement les établissements bancaires et financiers. Peut-on considérer que les banques européennes ont fait l'objet d'un traitement particulièrement sévère, révélateur d'une volonté d'affaiblir les institutions européennes? Que penser des remèdes envisagés par le rapport parlementaire pour lutter à « armes égales » avec les États-Unis? C'est à ces deux questions que l'on tentera d'apporter quelques éléments de réflexions.

3. Les sanctions les plus emblématiques prononcées par les autorités américaines concernent les violations d'embargos unilatéralement décrétés par les États-Unis et fondés sur le « Trading with Enemy act », qui date de 1917, et l'IEEPA (*International Emergency Economic Powers act*) adopté en 1977, qui permettent au Président des États-Unis d'adopter des sanctions économiques en cas de guerre ou de crise nationale. La liste des pays et des entités visées par ces sanctions tout comme l'ampleur de ces dernières varient au gré des évolutions de la politique étrangère américaine. Ayant pour activité habituelle de transférer des fonds, les banques sont particulièrement exposées à la violation de ces mesures, car leur respect n'est pas lié à la présence sur le sol américain de l'établissement sanctionné, mais à l'utilisation du dollar dans le cadre des transactions réalisées. Il suffit en effet pour justifier la compétence des autorités américaines que l'opération de compensation subséquente à la transaction en dollars soit effectuée par l'intermédiaire d'une chambre de compensation située sur le sol américain. Outre les

1. Cette question n'est pourtant pas nouvelle, voir B. Audit, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP* 1982 p. 401. Pour des réflexions plus récentes autour de l'extraterritorialité en droit bancaire et financier, voir, « Droit bancaire: supranationalité et extraterritorialité », *RDBF* 2015, dossier 29 à 41; « Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier », *RDBF* 2015, dossier 49 à 55; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E* 2015, 1343.

2. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire français de droit international*, CNRS édition, 2015.

critiques juridiques formulées à l'encontre de la compétence des autorités américaines fondées sur la seule utilisation de leur monnaie³, c'est le fait que les États-Unis imposent par ce biais leur politique étrangère de manière unilatérale aux institutions bancaires étrangères qui est dénoncé. Le rapport d'information de l'Assemblée nationale relève que les pénalités fondées sur le non-respect des embargos décrétés par les États-Unis ont essentiellement frappé des banques européennes, qui ont versé depuis 2009 environ 16 milliards de dollars aux administrations américaines. Faut-il y voir une volonté délibérée de cibler et d'affaiblir les établissements européens ? Si le rapport semble effectivement considérer que la justice américaine utilise son redoutable arsenal répressif comme arme commerciale, deux raisons peuvent expliquer que l'essentiel des sanctions prononcées pour violation d'embargos ait concerné les établissements européens. En premier lieu, les banques américaines, contrairement aux établissements européens, avaient sans doute parfaitement conscience qu'elles devaient s'abstenir d'opérer des transactions – qui plus est en dollars – avec des entités ou pays visés par les sanctions économiques américaines. En second lieu, les entreprises américaines de manière générale étant plus familières du système répressif américain ont l'habitude d'immédiatement collaborer pleinement avec les autorités, ce qui n'a pas été le cas des établissements européens, et plus spécialement de BNP-Paribas, dont la réaction a pesé sur la sévérité des sanctions prononcées à son encontre.

4. Mais le rapport d'information de l'Assemblée nationale, qui recense de manière exhaustive toutes les sanctions américaines prononcées à l'égard des banques européennes, montre que bien d'autres comportements ont été sanctionnés. HSBC et Commerzbank ont ainsi été pénalisées pour des manquements relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux, liés notamment aux défaillances dans la prévention et la détection de faits de blanchiment chez des correspondants étrangers. Deutsche Bank et Crédit suisse ont été condamnées en décembre 2016 au paiement d'amendes de respectivement 7,2 milliards et 5,2 milliards pour leur rôle dans la crise des subprimes en ayant distribué des produits toxiques – on relèvera d'ailleurs que les sanctions qui leur ont été infligées sont moins lourdes que celles payées par des banques américaines – la sanction la plus importante ayant été supportée par Bank of America qui a accepté en 2014 de verser près de 16,7 milliards de dollars. Deutsche Bank et UBS ont été sanctionnées pour leur participation aux manipulations frauduleuses des taux interbancaires LIBOR et EURIBOR et enfin Crédit suisse pour son aide à la fraude fiscale des citoyens américains. Dans toutes ces hypothèses, le lien entre les faits sanctionnés et le territoire américain apparaît plus étroit qu'en matière d'embargos. Les sanctions relatives à la lutte contre le blanchiment visent en effet des filiales américaines d'établissements européens ; la distribution de produits toxiques ou les manipulations de taux ont affecté lourdement les marchés américains et la fraude fiscale concernait des citoyens américains. Le

rapport parlementaire met d'ailleurs en lumière les difficultés particulières que soulève la question de la lutte contre la fraude fiscale et plus spécialement la mise en œuvre du *Foreign Account Tax Compliance Act* – connu sous l'acronyme FATCA – résultant de l'utilisation par les États-Unis du critère de la compétence personnelle en matière fiscale. Le rapport constate ainsi que les citoyens américains, même expatriés, restent imposables aux États-Unis sur la base de leurs revenus mondiaux, sous réserve des accords bilatéraux permettant d'éviter les situations de double imposition. En vertu de la loi FATCA, les établissements bancaires étrangers sont ainsi contraints de livrer les informations nominatives de tous leurs clients américains⁴. La mise en œuvre de la loi FATCA a d'ailleurs donné lieu à un accord intergouvernemental signé par la France et les États-Unis le 14 novembre 2013. Mais le rapport parlementaire constate que cet accord n'entraîne pas tout à fait les mêmes obligations pour les institutions financières françaises et américaines et qu'en outre, il a fait naître des situations particulièrement difficiles, celles des Américains « accidentels », ayant pour seul lien avec les États-Unis d'être nés sur le territoire américain et ne disposant pas de numéro d'identification fiscal américain. Pourtant, et en vertu de l'accord FATCA, les institutions financières françaises doivent, à défaut de renonciation expresse de ces personnes à leur nationalité américaine, les signaler comme citoyens américains dans le cadre de l'accord FATCA.

5. Les manifestations de l'extraterritorialité du droit américain à l'égard des banques européennes sont ainsi nombreuses et s'il est vrai que ces établissements doivent se plier à ces contraintes, il est toutefois difficile d'en déduire une volonté systématique d'affaiblir les institutions européennes. Ces sanctions révèlent surtout la très grande intransigeance des autorités américaines en cas de non-respect des réglementations économiques. Le système américain s'appuie en outre sur des mécanismes de justice transactionnels particulièrement efficaces qui conduisent au prononcé de très lourdes sanctions. Est-il possible dans ces conditions de lutter à « armes égales » avec les États-Unis comme le préconise le rapport ?

6. Celui-ci s'efforce de réfléchir aux outils qui pourraient être mis en œuvre pour favoriser un rééquilibrage des relations. Ses auteurs considèrent que la collaboration avec les autorités américaines, si elle est nécessaire sur certains points, notamment pour obtenir la levée des sanctions visant l'Iran, ne peut être la seule réponse des autorités françaises mais que la France doit aussi se doter « d'armes juridiques » similaires à celles dont disposent les États-Unis : extraterritorialité des poursuites en matière de corruption, création de la convention judiciaire d'intérêt public inspirée des mécanismes transactionnels américains⁵, création d'une infraction pénale

3. R. Bismuth, précité.

4. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs considéré que l'atteinte au secret bancaire imposée par ces dénonciations – et par conséquent au droit au respect à la vie privée – était légitime au regard des objectifs poursuivis, voir CEDH 22 décembre 2015, n° 28601/11, *Banque et Droit* n° 166, mars-avril 2016, note J. Morel-Maroger.

5. Ces deux propositions ont depuis la rédaction du rapport parlementaire été adoptées dans le cadre de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

en cas de violation d'embargos, d'un OFAC européen, renforcement des moyens alloués au renseignement économique... Mais se doter d'outils comparables à ceux existants aux États-Unis constitue-t-il un rempart contre l'extraterritorialité du droit américain ? Pour quelles raisons les autorités américaines renonceraient-elles à mettre en œuvre leurs procédures de sanctions au motif que le droit français a renforcé ses outils répressifs ? En pratique, les entreprises concernées vont surtout voir le risque d'être sanctionnées pour des mêmes faits par différents États se démultiplier, alors même qu'il est aujourd'hui difficile d'envisager l'application du principe *non bis in idem* au plan international⁶. Le rapport préconise aussi d'engager un véritable rapport de force avec les États-Unis dans un cadre à la fois national, européen et international en reprenant les propositions formulées par un auteur⁷. Au plan national et européen, le rapport propose d'amender les lois de blocage⁸, c'est-à-dire les lois permettant de s'opposer aux visées extraterritoriales d'autres juridictions, en excluant ou restreignant la communication et la transmission d'informations aux autorités étrangères, ou encore en encadrant le *monitoring* imposé par ces mêmes autorités dans le cadre des transactions conclues avec les opérateurs. Au plan international, le rapport préconise un

6. J. Morel-Maroger, « Les difficultés posées par la mise en œuvre du principe *non bis in idem* dans un contexte international », in *Le Principe non bis in idem en droit des affaires, vers une redéfinition du pluralisme répressif*, JCP E 2015, 1397 p. 41.

7. R. Bismuth, article précité.

8. Sont notamment visés la loi du 26 juillet 1968 et le règlement européen du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers adopté en réaction des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy).

recours à l'organe de règlement des différends de l'OMC pour contester l'application extraterritoriale des sanctions économiques unilatérales américaines. Le rapport propose enfin d'adopter des stratégies de « contournement » visant à échapper au champ d'application dans l'espace des textes américains, en privilégiant les transactions en euros ou les cotations boursières en Europe, stratégies qui semblent finalement assez révélatrices d'une certaine impuissance à s'opposer de manière frontale aux effets extraterritoriaux du droit américain...

7. En définitive et à la lecture des remèdes proposés, il apparaît difficile de contrecarrer les effets de l'extraterritorialité du droit américain par des initiatives strictement nationales ou dans le cadre de négociations bilatérales entre la France et les États-Unis. En outre, si le droit est un outil indispensable et parfois redoutable de régulation et de sanction des comportements des opérateurs économiques, il est permis de douter que les remèdes proposés par le rapport parlementaire à l'application extraterritoriale du droit américain soient réellement efficaces. Dans le rapport de force que les rédacteurs souhaitent engager avec les États-Unis, et pour lutter à « armes égales », encore faut-il que les « combattants » soient de force équivalente. C'est pourquoi il paraîtrait plus opportun – mais certes nettement plus compliqué d'un point de vue politique – que les initiatives destinées à répondre aux défis soulevés par l'extraterritorialité du droit américain soient européennes et non strictement nationales. Il n'en demeure pas moins que ce rapport, par son analyse exhaustive et approfondie, constitue un outil particulièrement utile tant pour les praticiens que pour les politiques souhaitant appréhender la question de l'extraterritorialité du droit américain. ■

Mesure provisoire – Voies d'exécution – Immunité d'exécution – Fonds vautours.

Loi n° 2016-1191 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») : articles 59 et 60.

Le croisement des mesures conservatoires et d'exécution forcée et du droit financier : la lutte déclarée contre les agissements des fonds vautours.

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. La loi n° 2016-1191 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») est particulièrement dense pour répondre aux ambitions affichées dans son intitulé même. Notamment, dans le titre IV consacré au renforcement de la régulation financière, les articles 59 et 60 portent sur les mesures conservatoires et d'exécution forcée sur les biens appartenant à un État étranger. La loi, après des débats ayant conduit dans un premier temps à la suppression des dispositions présentées, vient ainsi codifier partiellement le régime des immunités d'exécution des États, jusque-là dessiné

par la jurisprudence¹. Ce nouveau régime a été considéré conforme à la Constitution².

2. L'article 59 ajoute trois nouvelles dispositions dans le Code des procédures civiles d'exécution³. Les mesures conservatoires ou d'exécution forcée doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du juge⁴ par ordonnance rendue sur requête, autorisation soumise à la réunion de l'une des conditions suivantes : acceptation expresse de l'État concerné d'une telle mesure, réservation ou affectation du bien concerné à la satisfaction de la demande du créancier en question, jugement ou sentence rendu contre l'État concerné et bien utilisé ou destiné à être utilisé autrement qu'à des fins de service public non com-

1. Parmi les commentaires, v. J. Heymann, « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », JCP 2017, n° 5, 102.

2. Décision n° 2106-741 du 8 déc. 2016.

3. Pour une vision critique de la conformité de cette disposition aux règles de la CEDH et de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (ratifiée en France par la loi n° 2011-734 du 28 juin 2011, mais pas encore entrée en vigueur), v. les obsv. de J. Heymann, *op. cit.* et de S. Bollée, « Les dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution », D. 2016.2560.

4. Pour une disposition similaire, v. loi belge du 23 août 2015.