

Territorialité des mesures d'exécution

LA MENACE DES REQUÊTES EN COMMUNICATION D'INFORMATIONS DU JUGE AMÉRICAIN



DAN
BENIGUI

Juriste,
affaires
juridiques,
Groupe
BNP Paribas

Une procédure de saisie (*garnishment proceeding*) introduite au sein de l'État de Virginie, a récemment permis au juge local de rappeler que les mesures d'exécution prononcées au sein de sa juridiction ne pouvaient porter au-delà des frontières étatiques. Cette affirmation du principe de territorialité des mesures d'exécution, conforme aux droits des États de Virginie et de New York, met par ailleurs en exergue une des composantes de l'insécurité juridique à laquelle est confronté un groupe bancaire implanté aux États-Unis : la requête en communication d'informations protégées par une loi de police étrangère.

■ LES FAITS

Fin avril 2008, une société de l'État de Virginie, titulaire d'un titre exécutoire à l'encontre d'une société de droit bulgare, assigne une filiale américaine du groupe BNP Paribas (ci-après « la Filiale ») devant un juge virginien (Virginia : Circuit Court for Fairfax County).

Le créancier virginien agit alors dans le cadre d'une mesure d'exécution dite *garnishment proceeding*, aux fins que le tiers saisi lui déclare l'existence d'éventuels avoirs de son débiteur bulgare sur ses livres et que, le cas échéant, la liquidation du jugement puisse intervenir.

Le 2 mai 2008, au cours d'une première audience (*oral hearing*), le mandataire de la Filiale indique que sa cliente, seule entité régulièrement attraitée à la cause, ne dispose d'aucun actif enregistré au nom du débiteur. Cependant, le magistrat fait injonctions à cette dernière et contre toute

attente, à sa maison mère (ci-après « la Banque »), de lui déclarer, par affidavits distincts du 8 mai, tout compte dont pourrait être titulaire le débiteur bulgare sur leurs livres au sein de l'État de Virginie, mais également au sein de toutes les succursales du groupe bancaire, tous territoires confondus.

Le 6 mai, la Banque intervient donc volontairement à l'instance et sollicite à titre principal, que l'injonction du 2 mai soit annulée en regard de l'irrégularité manifeste de la procédure (« *lack of service of process* ») et de l'incompétence de la juridiction à son égard (« *lack of a personal jurisdiction* »). À titre subsidiaire, la Banque demande que les effets de l'injonction soient neutralisés, le temps pour elle de régulariser une réponse idoine (« *a motion for stay of the order* »).

Intégralement déboutée de ses demandes, par acte du 8 mai 2008 la Banque saisit la Cour Suprême de Virginie (Supreme Court of Virginia at Richmond). Par devant la juridiction du second degré, elle requiert, outre l'annulation de la procédure d'exécution susmentionnée et une interdiction à l'endroit du premier juge d'émettre de nouvelles injonctions à son égard (« *a petition for writ of prohibition* »), la suspension immédiate des effets de l'ordonnance du 2 mai (« *a motion to stay* »).

Le 9 mai, la Cour suprême fait droit à la demande de sursis introduite par la Banque, le temps que ses membres puissent délibérer sur le bien fondé de la procédure de *garnishment*.

Le 19 mai, le premier magistrat virginien saisi introduit à son tour devant la Cour suprême, une requête en irrecevabilité de l'action introduite par la Banque (« *a motion to dismiss the petition for writ of prohibition* »). Simultanément, il rédige une nouvelle injonction annulant et remplaçant celle du 2 mai, et ordonne à la Banque et à la Filiale de comparaître par devant lui le 30 mai 2008, dans le cadre d'une nouvelle audience dédiée à trancher la problématique de sa compétence.

Le 30 mai 2008, le juge de première instance tourne casaque et rend une décision en tous sens contraire à ses deux premières injonctions. Il prend acte de ce que la Banque n'a pas régulièrement été assignée, se déclare incompetent à son égard et interdit toute action future

à son encounter en rapport avec l'affaire. Il indique oralement (« *to rule from the bench* », i.e. déclaration orale retranscrite par le greffier destinée à être rendue publique) que la loi de l'État de Virginie ne permet pas à un créancier de saisir les avoirs de son débiteur situés hors des frontières de cet État.

Au terme de cette ultime audience, deux ordonnances (*final orders*) sont signées par le juge. Elles mettent fin à la procédure d'exécution (« *this garnishment proceeding is dismissed* ») et rendent caduque la procédure diligentée par la Banque devant la Cour suprême de Virginie (« *the order does moot the Supreme Court action* » NDA).

■ LES ENJEUX D'UNE TELLE PROCÉDURE

Apte à ne témoigner que de l'attitude isolée d'un juge de l'État de Virginie, ce litige à l'avantage de mettre en lumière certaines spécificités du système judiciaire américain, ainsi que le risque juridique, et tout particulièrement contentieux, inhérent à la présence d'un groupe bancaire international opérant aux USA.

En effet, si à l'origine d'une banale mesure d'exécution sont confrontés le créancier américain d'un jugement et un établissement financier susceptible de détenir des avoirs au nom de son débiteur, l'affaire ici décrite, illustre les fréquentes velléités des juges US, trop souvent enclins à s'arroger des pouvoirs extraterritoriaux de nature à mettre en péril les intérêts d'un groupe d'envergure internationale.

Outre le fait – avant de se rétracter – de se déclarer compétent à l'égard d'une partie non régulièrement assignée à la procédure dont il était saisi, qui de surcroît ne dispose d'aucun établissement au sein de sa juridiction et n'y réalise aucune opération commerciale (I), le juge virginien, de par ses injonctions, tendait à contraindre un établissement financier à violer une législation étrangère dite loi de police : le secret bancaire (II) ; lui faisant ainsi encourir tout un éventail de sanctions incluant une potentielle condamnation pénale de ses dirigeants et/ou collaborateurs.

I. LE JUGE AMÉRICAIN : COMPÉTENCE, VOIES D'EXÉCUTION ET REQUÊTES EN COMMUNICATION D'INFORMATIONS

Principe général de compétence des cours américaines et succursales de banques étrangères aux États-Unis

Les tribunaux américains considèrent, en matières commerciale et civile, que le seul fait pour une entreprise d'avoir une activité sur le territoire des États-Unis, ne serait-elle qu'exceptionnelle, les rend compétents à son endroit. Il n'est ainsi pas opportun à l'aune de cet ordonnancement juridique, de s'intéresser au for de matérialisation du préjudice, à la localisation de son fait générateur, d'invoquer le lieu de réalisation de l'obligation caractéristique du contrat

ou celui du siège social du défendeur. Une succursale, un simple bureau de représentation, une équipe de commerciaux détachés sur le sol américain, de tels indices d'activité rendront les magistrats compétents à l'égard de l'entité impliquée, et le cas échéant, vis-à-vis de sa maison mère immatriculée à l'étranger et y possédant son siège social et/ou le centre de ses intérêts principaux, par référence à l'expression communautaire.

Potentiellement, une simple transaction dénouée sur le territoire des USA, un seul contrat de travail (parmi une centaine) signé aux États-Unis peuvent conduire les cours américaines à se déclarer compétentes.

Dans le cadre de l'espèce susmentionnée, la théorie développée par le conseil du créancier américain, un temps suivie par le juge virginien pour se déclarer compétent à l'égard de la Banque, est la suivante :

(I) la Filiale est une société de droit américain, fille de la Banque ;

(II) la Banque, société de droit français, possède une succursale new-yorkaise dont le site Web, accessible depuis l'État de Virginie, propose aux citoyens de l'État de Virginie de bénéficier des prestations fournies par le groupe ;

(III) alors que la compétence des cours de l'État de Virginie vis-à-vis de la Filiale n'est pas contestée, le point de contact (le site!) qui existe entre l'État de Virginie et la succursale new-yorkaise de sa maison mère, rend ce tribunal compétent à l'endroit de la Banque, sa succursale ne disposant pas d'une personnalité juridique distincte.

Si le juge virginien finira en l'espèce par se rétracter, cet exemple n'en demeure pas moins une illustration de la tendance des cours américaines à envisager leur compétence de façon très extensive. L'analyse factuelle de l'espèce, à laquelle se livre systématiquement le magistrat américain pour juger de sa compétence, si elle dénote un pragmatisme qui paraîtra intéressant au tenant du modernisme juridique, confine également à un certain subjectivisme. Le pragmatisme dont font montre les juristes américains procède, en ce domaine de compétence d'une juridiction, d'une forme d'insécurité juridique.

En effet, sans critères de rattachement objectifs, clairs et précis, comment évoquer une prédictibilité des décisions tranchant la compétence des juridictions américaines ?

Au second plan de cette espèce, s'inscrit par ailleurs la problématique des succursales de banques étrangères aux États-Unis. Elles servent fréquemment de passerelle au juge américain pour se déclarer compétent à l'égard de leur maison mère et, par suite, de toute autre filiale. Elles s'avèrent de surcroît être d'excellents leviers pour le magistrat, un moyen de pression qui découle du raisonnement suivant :

– si a société mère implantée à l'étranger ne défère pas à mes injonctions, la menace d'une sanction de sa succursale new-yorkaise se révélera efficace.

La succursale américaine d'une banque étrangère, déposée de personnalité juridique, ne saurait, à l'inverse d'une filiale autonome et indépendante, faire écran vis-à-vis de sa maison mère, et expose donc cette dernière aux affres de la procédure américaine (jurys civils, *class actions*, *discovery*, dommages punitifs, coûts, etc.).

Un argument simpliste pourrait amener à conclure que les banques étrangères désireuses de mener une activité aux États-Unis doivent systématiquement choisir, pour éviter les vicissitudes susmentionnées, de s'y implanter par filiale.

Or le choix de la forme des implantations d'une banque à l'étranger¹ est capital et ne saurait se résumer aux considérations ici évoquées. Implanter une filiale, justement dotée d'une personnalité juridique propre, revient à créer une banque et nécessite notamment de mobiliser d'importants capitaux.

Quid des voies d'exécution et des requêtes en communication d'informations au sein des États de New York et de Virginie ?

Sous l'empire des lois new-yorkaises, en vertu de la règle de l'entité séparée/autonome (*separate entity rule*) la signification d'une mesure conservatoire – saisie autorisée en amont d'un jugement – à une banque immatriculée à New York, ne peut porter ou avoir d'effets, que sur les actifs du débiteur situés au sein de l'État de New York et non sur ceux localisés au-delà des frontières de cet État.

De même, le créancier muni d'un titre exécutoire ne dispose d'aucune possibilité de faire signifier à une banque new-yorkaise une saisie ou mesure d'exécution affectant les avoirs de son débiteur qui sont situés hors du territoire de l'État de New York. Le principe de territorialité des voies d'exécution est donc respecté au sein de cet État.

On notera sans s'attarder sur le sujet que, s'il s'agit de la position adoptée, *in fine*, par le juge virginien se fondant sur les lois de son État, la Haute juridiction française s'est récemment positionnée en un sens opposé².

Ainsi peut-on se réjouir : en matière commerciale et civile, les mesures d'exécution d'une décision passée en force de chose jugée sur les territoires new-yorkais et virginien, ne portent pas au-delà des frontières respectives de ces États.

En revanche, les requêtes en communication d'informations formulées par le juge statuant sur une mesure d'exécution (*order to show cause*) et plus fréquemment, celles dont procède le mode de recherche de preuve ou *discovery*, donnent une compétence et des pouvoirs extra-territoriaux au juge new-yorkais.

Les lois de l'État de New York permettent en effet aux parties munies d'un titre exécutoire d'obtenir, par le biais de la *discovery*, des informations relatives aux fonds détenus par leur(s) débiteur(s) à l'étranger, en dehors de l'État de New York et plus avant, au-delà des frontières américaines.

Dans le contexte de la signification à une banque new-yorkaise (succursale ou entité autonome) d'une requête en communication d'informations afférentes au débiteur d'un jugement ou à l'une des parties d'un procès (*subpoena request* lorsque la banque est visée en qualité de tierce partie/saisie), cette dernière doit mettre en œuvre

toutes mesures utiles – cela incluant une recherche d'informations auprès de ses succursales étrangères – aux fins de déterminer l'existence éventuelle d'avoirs dont la saisie est envisagée.

Ainsi, lors de la phase d'exécution d'un jugement, la règle de « l'entité séparée/autonome » n'est pas considérée, en droit, comme un obstacle à la communication d'informations détenues par une succursale étrangère, cela notamment lorsque l'entité new-yorkaise dispose d'un accès informatique aux renseignements sollicités.

Or, dans l'hypothèse où de telles informations seraient disponibles informatiquement depuis les postes d'une succursale new-yorkaise : quid d'une violation du secret bancaire prévu par la loi de la banque qui héberge le compte, i.e. par la législation du territoire au sein duquel est établie la succursale ?

II. DE L'EXTRÊME DIFFICULTÉ D'OPPOSER UNE LOI DE POLICE ÉTRANGÈRE AU JUGE AMÉRICAIN

L'ordonnance du juge virginien révèle un pouvoir extraterritorial en matière d'obligation déclarative

Dans l'affaire susmentionnée, au-delà des difficultés liées à l'exécution envisagée par le juge virginien, se pose la problématique de communiquer à ce dernier des informations afférentes aux avoirs d'un client hébergés sur les livres d'une succursale bulgare de la Banque.

En effet, conformément au principe de territorialité du devoir de secret affirmé par une opinion majoritaire en doctrine³, le facteur de rattachement à mettre œuvre pour déterminer le régime de secret dont bénéficie le titulaire d'un compte, est la localisation de la banque sur les livres de laquelle ce compte est inscrit. À l'instar de la loi qui détermine les règles de fonctionnement d'un compte – sous réserve de stipulations contraires –, les cas d'exécution forcée ainsi que le régime de la responsabilité de la banque⁴, la législation déterminant les potentielles règles de secret professionnel applicable à un dépôt est celle du for de la banque dites « loi de la banque ».

En l'espèce, le compte visé par le juge virginien étant hébergé par une banque établie en Bulgarie, la législation bulgare s'applique. Or, cette dernière édicte le principe d'un secret bancaire quasi-absolu. Le débiteur bulgare du jugement ayant vocation à bénéficier de cette protection et ne souhaitant pas y renoncer, quelle attitude adopter face aux demandes du magistrat américain ?

(I) Ne pas respecter l'injonction de ce dernier revient, sous réserve des voies de recours existantes, à risquer une situation de *contempt of court*. Il s'agit, tant pour la banque que ses dirigeants, d'encourir des sanctions pécuniaires (des montants d'astreintes exorbitants pouvant avoisiner les 10 000 dollars par jour), une

1. *Revue de Droit Bancaire et Financier* n° 3, 2003, p. 179, Jean-Marc Delleci

2. Civ. 2^e, 14 février 2008, voir l'article de V. Avena-Robaret paru au recueil Dalloz et intitulé « La saisie-attribution se moque des frontières ». Voir également la chronique de droit bancaire international co-écrite par G. Affaki et J. Stoufflet, *Banque et Droit* n° 118, mars-avril 2008.

3. Jean Stoufflet in « L'application du secret bancaire dans les relations intracommunautaires et Internationales ».

4. Jean Stoufflet in *JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse* ; fasc. Banque et opérations de banque – Statut bancaire en droit international – Conflits de lois.

condamnation pénale, des sanctions administratives et disciplinaires pouvant conduire à une interdiction d'activité sur le territoire américain (retrait de licence, etc.).

(II) D'écarter à son injonction et matérialiser une violation du secret bancaire bulgare qui est également assorti de sanctions financières et pénales. Un tel manquement peut également conduire à un retrait de licence pour la succursale bulgare de la Banque.

Face à cette situation cornélienne, outre une issue transactionnelle avec le créancier du jugement – mode de règlement amiable du litige souvent privilégié aux États-Unis –, une alternative consiste à tenter d'opposer au juge américain une loi de police étrangère tel que le secret bancaire institué par le droit positif bulgare.

Il s'agit plus précisément, de soulever l'application à l'espèce d'une législation étrangère d'ordre public, manifestement incompatible avec les requêtes du juge. Un secret professionnel, un texte relatif à la protection des données personnelles, une loi de blocage interdisant sous certaines réserves (accords et traités internationaux, lois et règlements en vigueur) et sous peine d'une condamnation pénale, la communication de « documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuve » dans le cadre de procédures étrangères⁵.

Discovery et pouvoir d'injonction du juge américain en matière de voie de d'exécution : quelles limites ?

Conformément à la jurisprudence de la Cour suprême, le fait qu'une communication requise dans le cadre d'une procédure de *discovery* puisse violer le secret bancaire érigé par une loi étrangère, ne suffit pas, isolément, à faire échec au pouvoir du juge américain d'ordonner la production⁶.

Pour se déterminer sur l'opportunité d'imposer une telle communication, les juridictions américaines appliquent un test multicritères⁷ (les critères les plus significatifs incluent, à titre d'exemples, la pertinence de l'in-

formation en regard du litige, son origine et sa source, l'existence de moyens alternatifs de protéger cette information). Dans la pratique, la mise en application de ce test, sous réserve des espèces au sein desquelles sont intervenus les gouvernements étrangers concernés, a très fréquemment conduit le juge américain à imposer la communication.

Demeure cependant cette possibilité évoquée ci-dessus d'exposer à ce dernier le risque pénal induit par son ordonnance (*order* ou *request*) et l'incompatibilité manifeste de sa décision avec une législation étrangère prévoyant l'application d'un secret bancaire et/ou une loi de blocage⁸ et/ou d'une loi relative à la protection de données personnelles⁹.

Concomitamment à l'application impérative d'une loi de police étrangère, le moyen soulevé en opposition à la demande de *discovery* indiquera – lorsque le pays au sein duquel le document ou renseignement est situé est partie à cet accord international – la nécessité d'encadrer la collecte d'informations par les procédures de coopération internationales prévues par la Convention de La Haye du 18 mars 1970.

Concernant la France et la possibilité de bloquer une communication au visa du secret bancaire ou de la loi de 1968 modifiée en 1980, un examen de la jurisprudence américaine laisse perplexe : rien de nouveau depuis la décision Aérospatiale de 1987, qui a rejeté l'argumentation fondée sur la loi de blocage au motif que les sanctions pénales y afférentes n'avaient jamais été mises en œuvre.

Or, une condamnation sur le fondement de la loi de blocage vient justement de passer en force de chose jugée¹⁰. Cette récente intervention de la Chambre criminelle redonne logiquement confiance aux défenseurs¹¹ du *French Blocking Statute*, soucieux d'affirmer le caractère non obsolète et d'ordre public de cette loi.

On ne peut que souhaiter que cet arrêt suscite, sinon un revirement, toute l'attention des cours américaines. ■

5. Loi n° 68-678 modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 dite loi « de blocage ». Toute infraction à ses dispositions peut faire l'objet d'une peine d'emprisonnement de 6 mois et/ou d'une amende de 18 000 euros.

6. Voir à cet égard la décision Cour suprême des États-Unis, 15 juin 1987, *Aérospatiale* : Rev. crit. DIP 1988, p. 559, note A. Dyer : « La Convention de La Haye ne prive pas les juridictions américaines de leur compétence pour ordonner la production de preuves dans un autre pays signataire ». Lire également l'article cité en note 4.

7. *The multiple-factor comity analysis*, voir sur ce point l'excellent article co-écrit par Marc J. Gottridge et Thomas Rouhette dans l'édition du 29 avril 2008 du *New York Law Journal* et intitulé « France Puts Some Muscle Behind Its Blocking Statute ».

8. En France la loi du 26 juillet 1968, voir pour un état des lieux l'étude rédigée par Daniel Barlow dans le n° 43 de la *Semaine juridique entreprise et affaires* du 25 octobre 2007 ; les législations du Royaume-Uni, de l'Australie, du Canada, de la Suède, des Pays-Bas et du Japon prévoient également des *blocking statutes*.

9. Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 1994.

10. Cass. Crim. 12 décembre 2007, la décision « MAAF », également nommée décision « *Armenian* ».

11. Cf. note 8 et l'article de Marc J. Gottridge et Thomas Rouhette, associés du cabinet Lovells.