



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit international privé et du commerce
international**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT
2022**

La banque et l'embargo

Corentin LAFFORGUE

Sous la direction de Monsieur le Professeur Stéphane Torck

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie tout d'abord Monsieur le Professeur Stéphane Torck d'avoir dirigé mon mémoire avec bienveillance et attention, pour ses précieux conseils prodigués et la liberté octroyée pendant mes recherches. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma sincère et profonde reconnaissance.

Je remercie ensuite Monsieur le Professeur Louis d'Avout d'Auerstaedt de m'avoir donné le gout pour le droit international privé et d'avoir été un directeur de Master impliqué et attentif.

Je remercie enfin l'ensemble des Professeurs du Master 2 droit international privé et du commerce international pour l'enrichissante expérience tant humaine qu'académique, que fut cette année, ainsi que toute ma promotion, pour sa solidarité et son amitié.

PLAN SOMMAIRE

Principales abréviations	7
Introduction	8
Partie I – La banque et la législation d’embargo	14
Chapitre 1 — L’identification de l’embargo	15
Section 1 – L’étude des finalités	15
Section 2 – L’étude des moyens	24
Chapitre 2 — La légalité de l’embargo	29
Section 1 — La légalité à l’épreuve du droit international	29
Section 2 — La légalité à l’épreuve du lien de rattachement	34
Partie II – La banque et les effets de l’embargo	40
Chapitre 1 — La perturbation des opérations	41
Section 1 — Les effets du prononcé de l’embargo	41
Section 2 — les effets de la levée de l’embargo	48
Chapitre 2 — Le risque pour les opérateurs	51
Section 1 — Le risque du conflit de devoirs	52
Section 2 — Le risque de non-conformité	57
Partie III – La banque et la sanction de l’embargo	61
Chapitre 1 — Un dialogue imposé par les autorités	62
Section 1 — L’obligation de coopération avec les autorités publiques	62
Section 2 — Les limites à la coopération avec les autorités privées	69
Chapitre 2 – Une sanction négociée par les banques	73
Section 1 — Les avantages certains des autorités de poursuites	74
Section 2 — Les avantages relatifs de la banque poursuivie	78
Conclusion générale	82
Bibliographie	83
Sommaire	93

RÉSUMÉ

L'embargo est un phénomène curieux. Il a quelque chose d'étrange, d'original, de bizarre. Il n'a ni le même sens pour l'État qui l'édicte ni la même portée pour la banque qui le subit ; il est à la croisée de plusieurs définitions. Il est d'une nature hybride, mi-public et mi-privé, variant selon le regard que l'on pose sur lui. Surtout, l'embargo peut émaner de différents ordres juridiques. Dès lors, l'applicabilité spatiale variable de ces sources induit une diversité des commandements juridiques, ayant parfois une vocation universelle. C'est précisément par cette voie conflictuelle qu'il convient d'entamer la réflexion, en se demandant si les ambitions nouvelles des nations n'ont pas transformé le mécanisme de l'embargo, ou si au contraire, l'embargo demeure ce qu'il était dès l'origine : une expression de la souveraineté. On s'attachera à mobiliser les différents vecteurs qui sous-tendent la norme d'embargo, permettant ainsi de saisir l'évolution des données du problème (**Partie I**).

Si le paradigme traditionnel était la compétence de la loi de la banque, désormais l'apparition de nouvelles normes impose des commandements contradictoires, érodant un peu plus la capacité de la banque à résoudre la diversité des ordres juridiques par une compétence générale. Cette diversité peut devenir le foyer d'un dilemme, notamment lorsque certaines lois visent à contraindre la prétention universelle d'autres lois. Les incidences sont nombreuses. Mais la difficulté spécifique à la banque réside dans le risque de non-conformité qui s'apprécie du point de vue interne, mais parfois aussi en considération la norme étrangère. Dans une certaine mesure la banque, confrontée à ces rapports de force, peut avoir la sensation d'être aux frontières du droit. Ces transformations seront abordées du point de vue des opérateurs et des opérations bancaires (**Partie II**).

La sanction pour violation de l'embargo, en voie de coordination mondiale, est un champ d'expérimentation tant pour les autorités cherchant à imposer un dialogue permanent, que les banques souhaitant négocier la sanction. Ces mutations donneront à voir le rapport fondamental entre la banque et l'embargo, un rapport de pouvoir. Le redressement des banques violant l'embargo semble également dépasser du *public enforcement*, facilitant le recours au *private enforcement* (**Partie III**).

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ACPR	Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution
AMF	Autorité des Marchés Financiers
Art.	Article(s)
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly c.	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cah. Dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise (Supplément au JCP, éd. E)
CCI	Chambre de commerce international
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Civ. 1ère	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CIJ	Cour internationale de justice
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>in</i>	Dans
JCP G	Juris-Classeur périodique édition générale
JCP E	Juris-Classeur périodique édition entreprise
JDI	Journal du Droit international (Clunet)
JO	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Obs.	Observations
OFAC	<i>Office of Foreign Assets Control</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citatato</i>
p.	page
Rec.	Recueil
RCAI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RCDIP	Revue critique de droit international privé
T.	Tribunal
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹

1. Sous la menace d'être jeté en prison, Hector parvint à convaincre Busiris, « *le plus grand expert vivant du droit des peuples* », de réinterpréter l'arrivée de la flotte grecque sur les rivages de Troie comme un hommage aux Troyens, plutôt qu'une violation des règles internationales, s'assurant ainsi que *La guerre de Troie n'aura pas lieu*. En matière d'embargo, l'imagination n'a rien de fictionnel ; c'est en interprétant les faits que certaines autorités administratives ont pu soumettre des opérations bancaires internationales à l'empire de leurs lois², suscitant par là même nombre de critiques. Et c'est en interprétant le droit, que des banques ont pu contourner la législation de certains États édictant des embargos – provoquant l'imagination des autorités administratives afin de trouver de nouveaux moyens de les soumettre à leurs législations. Ainsi est-il permis d'introduire la banque et l'embargo à travers un effort d'imagination.

¹ J. Giraudoux, « La guerre de Troie n'aura pas lieu », II, 5, Hector (1935).

² V. l'accord extinctif des poursuites soumis à homologation judiciaire dans l'affaire United States of America v. BNP Paribas SA. Mis en ligne le 30 juin 2014, consulté le 15 mai 2022. URL : <https://www.justice.gov/opa/bnp-paribas>, V. L. d'Avout, D. 14. Pan. 1967 ; Y. Quintin, « Aux frontières du droit : Les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RDBF*, 2014, n° 5, étude 21 ; 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, 2015, p. 792 ; G. Affaki « Regards bancaires sur l'extraterritorialité », *Cah. de l'entreprise*, 2018.

2. La banque et l'embargo. Voilà un titre antinomique. La banque a pour fonction historique de faire commerce de l'argent ; elle en assure la circulation entre les hommes et les frontières³ ; elle participe, influe autant qu'elle contribue au commerce international. L'embargo, à l'opposé, c'est une mesure restrictive, contraignante et impérative qui oblige les opérateurs à cesser tout commerce⁴. On saisit sans effort les incidences qu'emporte l'embargo pour la banque. On mesure peut-être moins l'implication et l'activisme des autorités nationales qu'induit l'embargo. Il ne s'agit pas seulement de l'application de la norme d'embargo à la banque, mais aussi la régulation des banques dans les affaires internationales

3. L'histoire associait à l'embargo une connotation guerrière. C'était à Mégare, faubourg de Corinthe, en 432 av. J.-C. que l'on retrouve la première utilisation de l'embargo. Dans la guerre qui l'affrontait à Corinthe, Athènes avait saisi les bateaux de la baie de Mégare, alliée de Corinthe. L'effet recherché était de priver son ennemi de ressources, en lui saisissant l'objet qui lui permettait de se financer : le navire. Le premier embargo américain décrété par la jeune nation étasunienne ne signifie pas autre chose, lorsqu'il priva d'accès à ses ports, les navires battant le pavillon anglais ou français, lors de l'affrontement entre l'Angleterre et la France au début du XIX^e siècle⁵. La thématique de l'embargo a connu à partir du XX^e siècle, de profondes mutations. Alors que l'Antiquité et les guerres napoléoniennes assimilaient l'embargo à une mesure militaire, via la saisine des navires ennemis dans les ports, la modernité lui a fait perdre sa connotation guerrière⁶ – du moins temporairement ; elle est devenue une mesure autonome à la guerre. Dans un cadre international profondément renouvelé, l'embargo a de nouveau muté vers une forme plus économique et même financière. Cette métamorphose

³ H. Synvet, « Rapport conclusif » *RDBF* n° 1, janvier 2010, dossier 10, qui à propos de l'influence des frontières sur le droit bancaire et financier, sous une plume inimitable, concluait que « La frontière est coupure. Elle est aussi limite ultime. Ces deux acceptions sont pertinentes pour qui considère les activités internationales des banques. La coupure, c'est la frontière politique, celle qui sépare des États que l'on dit souverains. La banque, historiquement, a pour fonction de jeter des ponts. Elle implante des établissements de chaque côté de la frontière. Elle fait circuler l'argent par-delà les frontières. Elle rend des services là où ses clients ne peuvent aller eux-mêmes. Juridiquement, elle se trouve alors en première ligne face aux complications résultant de la diversité des systèmes de droit. Mais la banque n'est pas seulement un « passeur ». C'est également un moteur de l'évolution de nos sociétés. À l'époque récente, elle a joué un rôle majeur dans la création ou le développement de nouvelles règles du jeu économique, à base de concurrence, de déréglementation et de mondialisation. C'était la « nouvelle frontière » du capitalisme. Le moins qu'on puisse dire est que des fissures sont apparues dans l'édifice, et que le rôle des banques n'a pas toujours été bénéfique. Mais il n'empêche que la réalité a profondément changé et, derrière elle, la manière dont le droit porte l'empreinte du caractère international des activités bancaires ».

⁴ H. Synvet « L'embargo : aspects de droit bancaire » in *L'embargo, Cahiers AEDBF*, Bruylant 1996, p. 213.

⁵ T. De Wilde d'Estmael, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

⁶ E. Robert, « L'embargo en droit international » in *L'embargo, Cahiers AEDBF*, Bruylant, 1996, p. 17.

n'est pas sans lien avec l'essor pris par les banques tout au long de ce XX^{ème} siècle. C'est désormais par les banques, que les États se financent, plus que par les navires. Empêcher les mouvements bancaires, c'est empêcher l'État de se financer, ou de financer sa guerre. L'embargo se présente dès lors comme une contrainte pour l'État affecté. C'est l'effet recherché par l'État émetteur, celui de contraindre économiquement l'État cible⁷. Alors, que peut-on dire de plus sur cette norme au contenu plus politique que juridique ? Sur un plan historique, on pourra apprécier la métamorphose de l'embargo, qui a accompagné celle de l'activité internationale bancaire. Cette mutation participe de la conscience que l'embargo peut représenter une arme économique⁸ dont les banques sont les premiers vecteurs, et parfois les premières victimes. À cet égard, on mesurera combien l'apport du droit américain a influencé le législateur européen, mais également confucéen à se saisir de la question⁹. Cette évolution permettra notamment de présenter le régime juridique de l'embargo.

4. On serait tenté d'introduire le sujet par un abécédaire, étant donné la polysémie du mot *embargo*. Le A nous conduirait à envisager l'archaïsme de la mesure, mais ce serait oublier l'évolution de sa notion ; le B permettrait de distinguer l'embargo du boycott, permettant également de préciser le sens que l'on entend donner à la Banque, etc... De même, on associe souvent l'embargo aux « sanctions internationales ». Or il faut distinguer ces sanctions internationales, qui peuvent être financières comme le gel d'actif des mesures économiques comme l'embargo. De plus, il faut rappeler qu'une loi d'embargo peut comporter des sanctions -civiles, pénales, administratives ; celles-ci ne doivent pas être confondues avec « les sanctions internationales ». Partant, la question de savoir si l'embargo comporte une sanction n'est pas neutre, elle est même un indice de son impérativité. Ainsi, on préférera le vocable de mesures restrictives ou contrainte économiques pour se référer à l'embargo.

5. C'est le législateur qui en 2016 proposa de donner une définition légale à l'embargo, considérant que « constitue un embargo ou une mesure restrictive [...] le fait d'interdire ou de

⁷ E. Robert, « L'embargo en droit international » *op. cit.*, Note (6) pp. 23-31.

⁸ Derrière l'anglicisme de « lawfare », s'est construit un ensemble de théorie analysant le recours au droit comme arme de guerre, notamment par les États-Unis à travers le secteur privé. Sur la question voir O. F. Kittrie : « Lawfare – Law as a weapon of War », *Oxford University Press*, 2016.

⁹ Sur les protestations européennes contre un décret américain d'embargo visant des entreprises en Europe v. le règlement (CE) n°2271/96 du 22 nov. 1996 et sa mise à jour en 2018, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par les pays tiers. Sur la réaction chinoise, voir MOFCOM Order No. 1 of 2021 on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures.

restreindre des activités commerciales, économiques ou financières ou des actions de formation, de conseil ou d'assistance technique en relation avec une puissance étrangère, une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents ou toute autre personne »¹⁰. Il s'agit bien d'un acte d'autorité d'un État visant à restreindre le commerce avec un État contre lequel on entend faire pression.

6. La transformation du rôle de la banque. La banque est dès l'origine une activité, ayant pour objet la circulation d'argent. Au gré de l'histoire, elle est devenue également un mode d'organisation, une institution sujette à la régulation. Ainsi que l'a très justement fait remarquer Patrick KINSCH, « Cette organisation (...) est une organisation rationnelle et bureaucratique, correspondant en cela à la modernité. Si on traduit cette idée de modernité en termes de droit international privé, le résultat est le suivant : une banque a le plus haut intérêt à ce que, dans la mesure du possible, l'ensemble de ses opérations soient soumises à une même loi, lui permettant ainsi de rationaliser ses opérations, et à ce que cette loi soit de préférence celle de la banque »¹¹. Mais certaines lois, en particulier les lois d'embargo, peuvent venir perturber cette activité internationale, et perturbent notamment les opérateurs et opérations bancaires. Face à une loi d'embargo, la banque est face à une boîte de pandore des risques juridiques. Les risques juridiques et de réputation qui, dans les activités transfrontières, peuvent résulter de violations ou de contournements de prescriptions étrangères se sont notablement accrus ces dernières années. Cela tient moins à un renforcement des réglementations étrangères qu'à leur application plus stricte et systématique. De plus, les méthodes des autorités étrangères en matière d'administration de la preuve ont évolué. Il conviendra d'analyser la transformation de ce problème.

7. À ce stade de l'étude, il y a lieu de préciser que l'embargo susceptible d'affecter l'exercice du commerce de la banque peut recouvrir différentes hypothèses. Tout d'abord celle peut être décidée unilatéralement par un État. Ensuite, elle peut être votée par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre des pouvoirs que lui confère la Charte. Enfin, elle peut être adoptée par des organisations régionales mais le nouveau cadre européen élaboré au cours de ses six derniers mois nous invite à considérer les mesures de l'Union européenne comme des mesures unilatérales, permettant l'analogie entre la première et la dernière hypothèse.

¹⁰ Article 1^{er} du Projet de loi relatif à la violation des embargos et autres mesures restrictives. Session ordinaire 2015-2016, 28 janvier 2016.

¹¹ P. Kinsch, « L'incidence des lois de police étrangères sur l'activité bancaire », in *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, ALJB, Anthemis, 2016, p. 47

8. Ainsi, la distinction entre les embargos unilatéraux et multilatéraux est essentielle, car le degré d'impérativité de la norme n'est pas le même selon l'origine de la mesure. Si les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies s'imposent à tous les États membres de l'Organisation, les mesures unilatérales interrogent quant à leur efficacité en dehors des frontières de l'État qui les édicte. Aussi, ce sont ces mesures unilatérales qui constitueront l'angle d'analyse de notre étude, même si des analogies à l'embargo unilatéral seront parfois nécessaires. Partant, on ne traitera que de l'embargo unilatéral, et non pas de l'embargo multilatéral, qui connaît une littérature spécifique. Ainsi, on emploiera indistinctement les termes d'embargo et d'embargo unilatéral. La banque, en revanche, sera envisagée au sens large, sans qu'il soit nécessaire d'en donner une définition fonctionnelle ou conceptuelle et en y associant le secteur financier ainsi qu'invite à le faire les mesures de l'Union européenne¹².

9. Les considérations de la diversité des embargos invitent à prendre conscience que la simplification conceptuelle de l'embargo ne constitue qu'une illusion d'optique. Il faut observer avec Olivier Cachard, que les embargos ne constituent ni dans leur conception ni dans leur mise en œuvre des mécanismes simples que l'on pourrait opposer aux sanctions complexes par essence¹³. De même, les embargos sont mis au service des objectifs et des valeurs de la société contemporaine, faisant ressortir les conflits de lois à considération économique ce qui constitue pour les banques un facteur de risque sans précédent. De même, l'apparition d'un nouveau modèle réglementaire, invite à considérer la sanction de l'embargo distinctement de la législation d'embargo.

10. Par hypothèse, l'embargo est une contrainte. L'embargo peut être subi, la question étant de savoir si la banque investit de la confiance de ses clients devrait-elle la trahir, en introduisant dans ses relations clients des considérations politique ou géopolitique, ou bien faire place à cette norme ? L'embargo peut aussi être choisi, la banque peut vouloir se conformer aux normes de certains pays sur le territoire desquels elle conduit une partie de son activité, par soucis réputationnel ou économique. Il y a donc des degrés d'impérativité différents selon la provenance de la norme.

¹² Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/262, 23 févr. 2022, modifiant règl. (UE) 833/2014, art. 1er, pt f, iii et art. 5 bis

¹³ A. Marchand, *L'embargo en droit du commerce international*, Larcier, 2012, préface O. Cachard, p. 17.

11. Ainsi, en cherchant à identifier le sens de l'embargo pour la banque, tout en faisant état de la richesse des problématiques sous-jacentes, l'enjeu consiste à répondre à la question suivante : l'embargo unilatéral est-il toujours contraignant à l'égard de la banque ? Cette problématique invite à analyser l'embargo et la banque du conflit à la régulation, à travers trois thématiques que l'on présentera de la façon suivante :

Partie I. La banque et la législation de l'embargo.

Partie II. La banque et les effets de l'embargo.

Partie III. La banque et la sanction de l'embargo.

PARTIE I -

LA BANQUE ET LA LÉGISLATION D'EMBARGO

12. La Banque stratège. Comme on le sait, la banque s'est établie dans divers ordres juridiques, par-delà les frontières¹⁴, elle est confrontée de ce fait à de multiples devoirs. Dès lors que la banque agit à l'échelle mondiale, elle doit nécessairement articuler et se conformer aux différentes régulations locales, correspondant à ses différents centres d'implantations. À l'image d'une caravane antique ou du moyen-âge, elle compose son itinéraire en fonction des intérêts des différents marchés, des différents lieux de cotations selon les avantages procurés par les systèmes normatifs, mis en concurrence. Tout ceci est bien connu, et a contribué à ancrer l'image d'une banque stratège¹⁵. Outre cette dilution des frontières, un certain nombre d'évolutions techniques ont conduit à une « dématérialisation des phénomènes économiques contemporains » et l'avènement du néo-libéralisme¹⁶. L'idée que l'État doit laisser le marché se réguler a pu conduire au lieu commun d'une « sous-régulation » ou encore à une « inversion des rapports de souveraineté »¹⁷. C'est oublier un peu vite l'État stratège.

13. L'État stratège. L'État pour des motifs de politique extérieure, de sécurité nationale peut chercher à protéger ses entreprises, les favoriser, ou au contraire, leur imposer des restrictions. Pour l'État, la banque joue assurément, un rôle crucial. Le contrôle des canaux bancaires est apparu déterminant pour influencer sur la politique étrangère ou extérieure d'un État¹⁸. Partant, l'analyse des objectifs et des moyens attachés à la mesure d'embargo unilatéral permettra d'identifier les soubassements « géopolitiques de la norme ».

14. Ces évolutions permettent *in fine* de se recentrer l'étude sur le droit, en tentant tout d'abord d'identifier l'embargo (**Chapitre I**). Puis, de mesurer la portée de cette norme unilatérale face à une perspective multilatérale, à travers l'épreuve de la légalité internationale (**Chapitre II**).

¹⁴ H. Synvet « Rapport conclusif n°10 », *op. cit.* Note (3), p. 1.

¹⁵ L. d'Avout « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises mondiales », *Rev. Droits* 64, 2016, p. 73 ss.

¹⁶ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » *RCADI*, Tome. 387, 2015, p. 46-48.

¹⁷ Pour la présentation de la thèse et de sa critique, voir L. d'Avout « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, 2019, Tome 397, pp.47-59.

¹⁸ M. Apuzzo, C. Méheut, S. Gebrekidan et C. Porter "The Ransom: How a French Bank Captured Haiti". *The New York Times*, 26 mai 2022.

Chapitre 1 — L'identification de l'embargo

15. Afin de conduire cette identification, on étudiera les finalités de l'embargo (**Section 1**), qu'on se propose d'atteindre en usant de la méthode comparative. On verra, ensuite, les moyens que cette méthode déploie pour parvenir à ces fins (**Section 2**).

Section 1 – L'étude des finalités

16. À travers l'étude des finalités, c'est l'esprit d'une loi d'embargo que l'on tentera de saisir. Bien entendu, cette démarche serait vaine si l'on ne la limitait pas. Ainsi, isolera-t-on deux ordres juridiques afin de considérer les finalités poursuivies dans ces deux cas ; il s'agit des cadres américain et européen. (*Paragraphe 1*). On constatera que ces différences sont propices aux conflits (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - Des considérations propres à chaque législation

17. À considérer séparément les cadres américains et européens, l'on constatera qu'ils ne répondent pas à la même conception ; ils ne sont pas faits du même matériau. Si la législation américaine illustre une conception ancienne, traduisant une certaine permanence de l'embargo, une volonté pragmatique ainsi qu'une répartition des pouvoirs efficace (a), la législation européenne quant à elle, est le fruit d'une conception récente, en voie de coordination du fait qu'elle porte une ambition nouvelle (b). Pour mettre à jour les rapports entre la banque et l'embargo, il faut adopter le point de vue de l'établissement de crédit, qui contemple ces normes afin d'en mesurer les impacts et d'éviter « le feu croisé de règles d'origine diverses »¹⁹.

a) La philosophie du modèle américain.

18. **Une conception duale.** Au lendemain de la Première Guerre mondiale, les États-Unis ont fait de l'embargo un « remède économique, pacifique et silencieux et mortel »²⁰. Si les lois

¹⁹ H. Synvet « Rapport de Synthèse », *op. cit.* (Note 5) p. 1.

²⁰ Cité par D. Sabbagh, « L'utilisation de l'arme économique dans la politique étrangère des États-Unis : cadre d'analyse et évolution », *Relations internationales et stratégiques*, n°24, 1996, p.142.

d'embargos américaines sont en réalité plus anciennes²¹, on prendra comme point de départ, le *Trading with the Enemy Act*. Cette loi autorisait le Président à contrôler le commerce avec l'ennemi. Si l'on pouvait penser que ce texte était l'instrument des temps de guerre, le président Roosevelt l'invoqua à la suite de la crise économique de 1929, pour faire face à la crise économique, en déclarant l'état d'urgence. Analysant la longévité d'un tel texte, un observateur a démontré que ce texte était devenu « la base d'un projet de sanctions économiques mondiales appliqué par les États-Unis à la discrétion du Président en temps de guerre comme en temps de paix »²². Partant, ce texte permet de saisir la philosophie américaine, fondée sur une délégation de pouvoir offerte au Président au service de deux objectifs : la sécurité nationale et la politique extérieure²³.

19. Une conception qui répond d'une répartition efficace des pouvoirs. L'édiction des lois d'embargos à des situations toujours plus immatérielles et distendues du territoire américain n'est pas l'œuvre solitaire du Président. Pour décrire cette imbrication parfois complexe des pouvoirs on utilisera volontiers l'image d'une « cascade de législation du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif et de celui-ci vers des administrations subalternes »²⁴. Pris le plus souvent dans l'urgence, les *executive orders* ont souvent été complétés par des textes du Congrès pour « normaliser » la situation juridique. Ainsi, cinq jours après l'utilisation du *Trading With the Enemy Act* (TWEA), par le Président Roosevelt en 1933, le Congrès amenda la section 5 (b) du TWEA autorisant le Président à invoquer la loi non seulement en temps de guerre, mais aussi « pendant toute période d'urgence nationale déclarée par le Président »²⁵. Outre la branche législative, les autorités administratives américaines s'appuyant sur des textes volontairement flous, ont conduit les institutions financières à l'étranger « à adopter des politiques internes consistant à ne plus s'exposer à certains états, allant bien au-delà de ce qui était prévu par les programmes de sanctions »²⁶, dans le but de contraindre par l'incitation les institutions à adopter elles-mêmes des comportements conformes à la législation américaine. Ainsi le Congrès et les

²¹ V. *Embargo Act* (1807) ; *Non-Intercourse Act* (1809).

²² B. Coates « The Secret Life of Statutes: A Century of the Trading with the Enemy Act », *Cambridge University Press*, 2018,

²³ Pour un panorama complet des fondements du droit américain en matière de sanction v. P. Baumard « Les sanctions financières internationales » *Revue Banque*, 2015, pp.72-77.

²⁴ R. Ergéc « L'embargo et les droits nationaux » in *L'embargo*, *Cahiers AEDBF*, Bruylant 1996, p. 126.

²⁵ Y. Martel, A. Legault, « Les contrôles américains sur les exportations stratégiques : historique et évolution ». *Études internationales*, 25(4), 1994, pp. 693–727.

²⁶ R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in A. Miron et B. Taxil (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI – Colloque d'Angers 2020, p. 122.

autorités fédérales œuvrent à la politique américaine, en élargissant le champ d'application spatial de lois d'embargos²⁷, même si le Congrès a tenté parfois de les réduire²⁸. Si ces modulations peuvent créer un sentiment d'« écheveau de sanctions internationales d'une complexité extraordinaire »²⁹, force est de constater qu'indépendamment de la couleur politique du Congrès ou de la Présidence, « l'outil des sanctions exerce un pouvoir d'attraction fort chez les élus des deux camps et est aujourd'hui considéré comme un outil normal de la conduite de la politique étrangère des États-Unis »³⁰.

20. Une conception pragmatique. Pour servir ces objectifs politiques, la conception de l'embargo s'est alors élargie à différents types de flux, de biens et de personnes. À mesure que les objectifs variaient, le cadre législatif évoluait à son tour, soumettant à son champ d'application des situations toujours plus dématérialisées, toujours plus lointaines de l'ordre juridique américain. Ainsi sont apparues les formes modernes de l'embargo, qui ont su épouser la modernité liée à la dématérialisation des flux et l'augmentation de la puissance des acteurs transnationaux³¹. L'exemple le plus éclatant de cette mutation trouve son expression dans la *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*. Le texte commence par une affirmation « qu'au cours des dix dernières années une nouvelle économie mondiale a vu le jour, dans laquelle le commerce, le développement technologique, les investissements et les services forment un système intégré ; dans ce système, ces activités ont une incidence les unes sur les autres et sur la santé de l'économie des États-Unis »³². Dans le sens inverse, les lois d'embargos

²⁷ Pour deux illustrations de ce phénomène v. *l'Export Administration Act* (1969), qui a étendu le champ d'application des embargos américains aux produits exportés par toute entité « soumise à la juridiction américaine », précisant que cette soumission peut résulter d'une simple possession par une personne physique ou morale américaine de 25 % des actions de ladite entité. De même, lorsque le président Carter a bloqué les avoirs iraniens, à l'occasion de la prise en otages de diplomates américains, cette mesure a été étendue aux succursales et filiales à l'étranger des banques américaines.

²⁸ Si la loi adoptée par le Congrès en 1979, le *International Emergency Powers Act* (1979) a restreint le champ d'application du *Trade with the Enemy Act* (1917), conditionnant son application au cas de guerre. La Cour Suprême a invalidé la plupart des amendements restreignant le pouvoir du Président voir en ce sens les arrêts *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981), *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984) et *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) cités dans B. Coates « The Secret Life of Statutes: A Century of the Trading with the Enemy Act », *Cambridge University Press*, 2018, p. 170.

²⁹ Rapport AN de R. Gauvain « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », 2019, p. 21.

³⁰ *Ibid* p. 24

³¹ Sur les différentes phases de la mondialisation économique voir C-A. Michalet, « Le capitalisme mondial », *Presses universitaires de France*, 1998, p. 17 et ss.

³² *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. no 100-418, 102 Stat. 1107 (1988). La section 1001(1)(a) dispose : « *In the last 10 years there has arisen a new global economy in which trade, technological development, investment, and services form an integrated system; and in this system these activities affect each*

ont pu être assouplies lorsque certains biens ou technologies profitaient à l'industrie américaine, illustrant le réalisme économique de telles mesures³³. Comme l'a très justement fait remarquer Hubert de Vauplane, il s'agit de lois qui « poursuivent un objectif politique, par des moyens économiques »³⁴. Aussi, les États-Unis ont pu s'appuyer sur la force et la confiance dans le système financier et la monnaie des États-Unis ; en témoigne la condamnation de la Société Générale par les autorités administratives américaines à payer 1,4 milliard de dollars sur la base d'opérations de compensations ayant transité par les installations de paiement américaines pour avoir enfreint plusieurs législations d'embargos américain, dont le *TWEA*³⁵.

b) Le cadre européen³⁶

21. Un cadre juridique en construction. L'absence de souveraineté marque de son empreinte les premiers temps des embargos européens. Dans les années 1980, ces mesures étaient le fruit d'une *Coopération Politique Européenne* (CPE)³⁷, puis d'une *Politique Extérieure de Sécurité Commune* (PESC). L'embargo ne reposait ainsi sur aucun cadre juridique à proprement parler, mais sur une déclaration de politique commune des chefs d'État de l'UE visant essentiellement à la promotion « de valeurs démocratiques de l'Europe, et en

other and the health of the United States economy », 102 Stat. 1120 in D.M. Cruz Herrera, « États-Unis/Cuba. Les interventions d'un empire, l'autodétermination d'un peuple », *Presses de l'Université du Québec*, 2007, p. 83.

³³ V. le communiqué du département du Trésor américain en date du 30 mai 2013, préconisant d'assouplir l'embargo en direction de l'Iran pour les téléphones portables, logiciels et autres technologies de télécommunications qui profitent à la fois aux opposants... et à l'industrie américaine, cité par H. de Vauplane, « Une nouvelle géopolitique de la norme » in Antoine Garapon et al., *Deals de justice*, *Presse Universitaire de France*, 2013, p. 25.

³⁴ *Ibid*, p. 24.

³⁵ The Office of the United States Attorney for the Southern District of New York « Manhattan U.S. Attorney Announces Criminal Charges Against Société Générale S.A. For Violations Of The Trading With The Enemy Act », communiqué de presse, 2018. URL <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/manhattan-us-attorney-announces-criminal-charges-against-soci-t-g-n-rale-sa-violations>. Consulté le 12 janvier 2022.

³⁶ S'il n'est pas permis de parler d'embargo unilatéral dans le cadre européen, c'est à raison de la nature juridique de l'Union Européenne, qui n'est pas un État, mais une bien une Union. Par conséquent, on se référera au terme d'embargo « régional », pour désigner les embargos pris par l'Union Européenne. Néanmoins, on constatera que les pays membres ont perdu, sauf à titre exceptionnel, la possibilité d'édicter des mesures d'embargo. La Cour du Luxembourg affirmant que « la Communauté dispose d'une compétence exclusive en la matière, excluant la compétence des États membres sauf habilitation spécifique de la part de la Communauté » CJCE, 17 oct. 1995, *Procédure pénale c. Leifer*, aff C-83/94, *Rec.*, I-030231, point 23. Voir également CJCE, 17 oct. 1995, *Werner Industrie-Ausrüstgen GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff C-70/94, *Rec.*, I-03189. Pour l'ensemble de la démonstration voir A. Marchand « L'embargo en droit du commerce international » *Larcier*, 2012 pp. 474-480. En revanche, l'expression de législateur européen nous semble convenue, et plus praticable pour la suite de la démonstration. Ainsi il s'agira d'étudier les mesures restrictives propres à l'Union, et non celles prises dans le cadre d'une résolution de l'ONU.

³⁷ M. Găinar, « Aux origines de la diplomatie européenne : Les Neuf et la Coopération politique européenne de 1973 à 1980 », *Relations internationales*, vol. 154, no. 2, 2013, pp. 91-105.

premier lieu des droits de l'homme »³⁸. Les mesures d'embargo se limitaient à l'affirmation de grands principes généraux, avec toutefois quelques mesures concrètes. Ainsi, dans les premières heures de la Communauté Européenne (CE), les États membres ont pu s'accorder sur la nécessité d'adopter une « interruption de la coopération militaire et (un) embargo sur les armes à l'encontre de la Chine »³⁹. Ce cadre normatif rappelle celui des embargos multilatéraux pris dans le cadre du Conseil de sécurité de l'ONU, où l'atteinte à la légalité internationale est la condition nécessaire pour déclencher des sanctions, le retour à la légalité le critère de leur efficacité⁴⁰. Ainsi, contrairement à l'unilatéralisme américain, le cadre européen repose principalement sur l'idée d'une coordination, entre d'une part, les différents États membres, et d'autre part, ses alliés traditionnels⁴¹. Désormais, la décision est d'abord prise par le Conseil de l'Union européenne, sur la base des articles 29 TUE et 215 TFUE, à l'unanimité des États membres, sur proposition de la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission. Ensuite, sur la base de la décision PESC du Conseil, la haute représentante et la Commission présentent une proposition conjointe de règlement du Conseil. Le Parlement est exclu du processus, il est simplement informé⁴².

22. L'ambition récente. Largement modernisées en 2018, les « *lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions)* » traduisent un nouvel élan dans le cadre normatif. Mais surtout, les différents « paquets de sanctions » adoptés contre la Russie après son invasion de l'Ukraine témoignent d'une volonté inédite de se doter d'outil de sanctions envers un pays largement tourné vers l'économie de marché. Ainsi, les banques sont non seulement les destinataires privilégiées de ces normes, mais également les principaux vecteurs des mesures restrictives. Des différents paquets de sanctions adoptés à la suite de l'invasion russe, on isolera deux textes parmi les plus significatifs pour les questions

³⁸ H. de Vauplane « Sanction économiques. Embargos, gel d'avoir : défense des droits de l'Homme ou instrument de politique étrangère » *Revue Banque*, 2012.

³⁹ Dans les conclusions des sessions du conseil européen de Madrid rendues publiques le 27 juin 1989, il est fait mention de la nécessité « d'adopter les mesures suivantes (...) Interruption de la coopération militaire et embargo sur le commerce des armes avec la Chine, de la part des États membres » Conclusions des sessions du conseil

⁴⁰ M. Bennouna « Les sanctions économiques des Nations Unies » *RCADI*, Volume 300, 2017, pp. 26-39.

⁴¹ On notera avec intérêt la présentation des sanctions de l'UE contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine sur le site de la Commission Européenne « *Ces mesures sont intelligentes et ciblées, conçues pour frapper la Russie là où ça fait mal (avec un impact maximal sur l'élite politique russe) et bien coordonnées avec nos alliés* ». URL : <https://ec.europa.eu/info/invasion-ukraine>. Consulté le 20 mai 2022.

⁴² C. Kleiner « Les mesures de sanctions financières sectorielles prises par l'UE contre la Russie et leur mise en œuvre par les banques européennes », RDBF n°3, Mai 2022, étude 4.

bancaires et financières. Le premier est le règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 30 juillet 2014⁴³ (qui a fait l'objet de neuf actualisations⁴⁴) pour les sanctions financières sectorielles et le Règlement (UE) n°269/2014⁴⁵ pour les sanctions financières personnelles. En raison de l'approche de notre étude, l'on se concentrera principalement sur le premier Règlement, qui pose trois séries de restrictions sectorielles : une interdiction de financement et d'aide financière posée pour les nombreux secteurs, une interdiction relative au dépôt et une limitation de fait des paiements internationaux et enfin une interdiction très large touchant aux investissements financiers. La mise en œuvre n'est pas facilitée par la complexité du régime juridique.

23. La préoccupation nouvelle. L'ambition nouvelle se double d'une préoccupation nouvelle. En septembre 2020, la Présidente de la Commission européenne a chargé la Commissaire européenne aux Services Financiers, à la stabilité financière et à l'Union des marchés des capitaux d'une mission qui mérite d'être reproduite : « To support our economic sovereignty, I want you to develop proposals to ensure Europe is more resilient to extraterritorial sanctions by third countries. I want you to ensure that the sanctions imposed by

⁴³ Cons. UE, règl. (UE) n° 833/2014, 31 juill. 2014.

⁴⁴ Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/262, 23 févr. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 42 I, 23 févr. 2022, p. 74.

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/328, 25 févr. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 49, 25 févr. 2022, p. 1.

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/334, 28 févr. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 57, 28 févr. 2022, p. 1

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/350, 1er mars 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 65, 2 mars 2022, p. 1

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/345, 1er mars 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 63, 2 mars 2022, p. 1

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/394, 9 mars 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 81, 9 mars 2022, p. 1.

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/428, 15 mars 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 87 I, 15 mars 2022, p. 13

Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/576, 8 avr. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : JOUE n° L 111, 8 avr. 2022, p. 1.

Comm. UE, règl. d'exécution (UE) n° 2022/595, 11 avr. 2022, modifiant certains règlements relatifs à des mesures restrictives et établissant pour les annexes de ces règlements une liste unique contenant les coordonnées des autorités compétentes des États membres et l'adresse à utiliser pour les notifications à la Commission européenne : JOUE n° L 114, 12 avr. 2022, p. 60.

⁴⁵ Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 31 juill. 2014.

the EU are properly enforced, notably throughout its financial system ».⁴⁶ Les missions d'imposer des sanctions ne se justifient plus au titre de la sécurité étrangère, mais bien « to support our economic sovereignty ». Le changement de motivation n'est pas neutre, il révèle l'influence et l'avance prise par les États-Unis en la matière. Il affiche de plus la volonté de devenir une Union « souveraine »⁴⁷. Ainsi, cette souveraineté se décline à travers deux missions, que sont la (i) « résilience face à l'extra-territorialité des sanctions par les États-tiers » et (ii) « l'application efficace des sanctions, notamment au travers de son système financier ». Rétrospectivement, cette première mission trouve sa source dans le « Règlement de blocage »⁴⁸ ; prospectivement, la seconde mission trouve son prolongement dans la proposition de la Commission d'ajouter les violations de mesures restrictives à la liste des crimes européens⁴⁹.

24. Une répartition des pouvoirs incertaine. On, observera que ce cadre européen est à la recherche d'une cohérence normative et institutionnelle. Si l'instauration d'une police économique en matière d'embargo nous paraît souhaitable, il faudra en revanche s'interroger sur la coordination entre les différentes autorités européennes notamment entre l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA), chargée de proposer et de veiller à l'application des sanctions européennes, et le Parquet européen, chargé quant à lui de rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Si demain, un opérateur bancaire porte atteinte aux intérêts de l'Union, on se demandera de la compétence et du juridictionnel. La question de la coordination ne se limite pas au périmètre des autorités européennes, puisque les sanctions participant de la politique étrangère de l'Union associent diverses autorités de contrôle à l'échelon national, dont la plupart d'entre elles sont placées, en France, sous l'égide du Quai d'Orsay (Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères). Or les autorités de supervision nationale « naturelles », qui assurent la supervision bancaire et financière européenne sont l'AMR et l'ACPR. On peut donc se poser la question de la coordination.

⁴⁶ U. Von Der Leyen « Mission letter addressed to Mairead McGuinness » 13 sept. 2020 p. 5.

⁴⁷ Un important transfert de souveraineté a déjà eu lieu en 2013, avec la création dans la zone euro du superviseur unique (MSU ou SSM) pour les banques les plus importantes, fonction confiée à la Banque centrale européenne (BCE). Voir en ce sens le Règlement MSU 1024/2013 et le Règlement-cadre MSU 468/2014.

⁴⁸ V. Règlement (CE) du 22 novembre 1996 n°2271/96, *op cit.* (Note 9).

⁴⁹ European Commission, *Proposal for a council decision on adding the violation of Union restrictive measures to the areas of crime laid down in Article 83(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 25 mai 2022.

Paragraphe 2. - Des différences propices aux conflits

25. Les conflits de lois. À l'analyse des cadres européen et américain, on a pris la mesure du phénomène de la multiplicité des normes ainsi que des considérations propres et différentes à chaque législation qui sous-tend cette multiplicité. C'est logiquement que l'on assistera à des conflits de lois à laquelle l'entreprise peut être soumise⁵⁰, l'unilatéralisme étant le dénominateur commun à ces conflits de lois. La poursuite d'une politique extérieure d'un État peut amener ce dernier à édicter des législations d'embargo, qui entendent régir le comportement des opérateurs économiques. Lorsque ces derniers, comme une banque sont établis dans plusieurs ordres juridiques, des conflits apparaissent inmanquablement entre la loi du siège et celle d'où la filiale est implantée. Par exemple, les normes d'embargos américaines s'appliquent à toutes « US persons », qui comprend indifféremment les sociétés américaines ainsi que leurs filiales étrangères détenues ou contrôlées par des US person⁵¹. Ainsi, les États-Unis imposant un embargo à l'URSS ont étendu le champ d'application *ratione personae* aux filiales européennes des sociétés américaines⁵². De même, cette question conflictuelle a pu se poser dans le cas des gels d'avoir⁵³ des officiels Libyens⁵⁴ ou Iraniens⁵⁵. À l'inverse, les mesures restrictives adoptées par l'Union européenne, doivent être respectées par toutes les personnes de l'Union européenne ce qui exclut les filiales étrangères, installées dans un État membre de l'UE et constituées en vertu du droit d'un pays tiers⁵⁶. Ainsi, chaque État édicte un critère de rattachement des

⁵⁰ Question qui a fait l'objet de littérature abondante dans le cas du droit antitrust américain v. B. Goldman, « Les champs d'application territoriale des droits de la concurrence », *RCADI*, 1969, III, p. 631 et plus spécifiquement dans le cadre des crédits bancaire v. J. Stoufflet, « Les conflits de lois en matière de crédits bancaires », in *Trav. Com. fr. DIP*, 1970, pp. 91-117.

⁵¹ P. Kinsch, « L'incidence ... », *op. cit.* (Note 11), p. 56. ; R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité... », *op. cit.*, (Note 27), p. 117

⁵² B. Audit, « Extraterritorialité et commerce international, l'affaire du gazoduc sibérien », *RCDIP* 1983, p. 401

⁵³ V. J. Salmon, « Dictionnaire de droit international public », *Bruylant*, 2001 p. 529 (Le gel des avoirs est une mesure prise par un État rendant momentanément indisponibles les avoirs d'un étranger se trouvant sur le territoire de l'État ou entre les mains de ses ressortissants).

⁵⁴ *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* [1989] Q.B. 728 (02 September 1987) (le juge anglais considère que la restitution au déposant du solde de son compte est régie par le droit applicable à la succursale qui tient le compte plutôt que le droit du pays dont la monnaie est en cause).

⁵⁵ TGI Paris (Référé), 11 décembre 1979, *Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran » c. Citibank*, *Gaz. Pal.*, 1979, p. 690 ; TGI Paris (Référé), 21 janvier 1980, *Citibank c. Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran »*, *Gaz. Pal.*, 1980, p. 157 ; TGI Paris (Référé), 11 février 1980, *Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran » c. Bank of America National Trust and Savings Association* (le juge français, sans contrôler la mesure au regard du droit international, ni même au regard de l'ordre public français, a permis à la banque iranienne le droit d'effectuer une saisie-arrêt auprès de la Banque de France et de la Banque internationale de l'Afrique occidentale des sommes bloquées par la City Bank Paris)

⁵⁶ V. la publication de la commission européenne, « Deposit - Frequently Asked Questions » disponible à <https://ec.europa.eu/banking-and-finance/international-sanctions>, les questions 7-8. Voir également, « les lignes

personnes morales à son ordre juridique qui lui est propre, ce faisant l'opérateur se retrouve face à un conflit de devoirs. Dans un domaine voisin des mesures d'embargo, la question a notamment pu se poser dans le cadre du gel des avoirs.

26. Les conflits de devoirs. C'est l'hypothèse la plus cruelle pour la banque, celle d'être prise entre un commandement de faire, et un commandement de ne pas faire. Cette cruauté peut se dédoubler en une injustice si l'on considère que l'entreprise fait en réalité le choix du droit local le plus fort. Ainsi, entre une injonction des autorités américaines de transmettre des informations parfois sensibles et une loi de blocage, ou une loi protégeant le secret bancaire, la banque peut être prise entre le marteau américain et l'enclume européenne (infra n°50ss).

27. Les conflits d'autorités. En cas de non-coordination des autorités de poursuites, une entreprise est susceptible de faire l'objet de poursuites dans deux ou plusieurs pays différents. Elle peut donc être poursuivie à raison des mêmes faits, par des autorités nationales différentes, contrevenant au principe de *non bis in idem*. Ce conflit est d'autant plus vivace lorsque chaque autorité réclame la part du lion. En réalité, on doit ce concept de conflits d'autorités à Jean-Paul Niboyet⁵⁷, qui théorise qu'une autorité administrative ne peut appliquer que sa propre loi, et édicte des actes, décisions ou autres qui voient leur autorité régie par le droit de l'autorité selon la règle *autor regit actum* (la loi de l'autorité régit son action). On comprend assez bien le choc des unilatéralismes, mais on entrevoit également la coordination qui peut être réalisée entre ces autorités.

28. La coordination possible des normes impératives. Si l'étude des finalités a jusqu'ici présenté des États souhaitant affirmer leur puissance publique, il faut reconnaître que le conflit de devoirs dépend étroitement de la volonté d'un État d'admettre les normes d'un autre État. Si l'État tiers accepte que la norme étrangère produise effet dans son ordre juridique, le conflit disparaît. Ce peut être le cas lorsque la norme étrangère est conforme à l'ordre public international de l'État affecté. Au contraire, si l'État affecté s'oppose à la norme étrangère, le conflit apparaît. Ainsi, c'est principalement la non-coordination des droits nationaux qui pose difficulté et bouleverse le paradigme de la loi de la banque. De plus, ce refus de certains ordres

directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) », Section II-J (Juridiction), paragraphes 51 et 52.

⁵⁷ J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1928

juridiques d'admettre l'application de normes qui serait contraire à leur intérêt génère une situation encore plus inconfortable pour les entreprises : c'est l'exemple des lois de blocage. En France, la problématique n'est pas nouvelle, mais l'activisme doctrinal (privatise, publiciste et des praticiens) et législatif (3 rapports parlementaires en 3 ans) ont conduit à souligner la nécessité de réformer cette législation « de réaction ». Côté confucéen, la question est également au cœur des débats, puisque d'une part le législateur chinois a adopté en janvier 2021 une loi de blocage contre les prétentions extraterritoriales américaines⁵⁸ et d'autre part il a abrogé une réglementation interdisant aux entreprises chinoises de divulguer, aux auditeurs étrangers, leurs données comptables⁵⁹. De même, le document publié par le département du Trésor américain fin 2021 fait de la coordination des sanctions unilatérales un des objectifs prioritaires⁶⁰. On serait tenté de voir là une tendance à la coordination des différentes mesures unilatérales en matière d'embargo, conduisant à ancrer l'étude de ces finalités, sur le concept de coordination, plutôt que sur celui de conflits.

Section 2 – L'étude des moyens

29. L'étude des moyens s'attachera à analyser l'application d'une loi d'embargo dans l'espace. On constatera qu'une norme peut définir elle-même son champ d'application, et que les effets d'une loi peuvent se prolonger en dehors du territoire de l'État qui l'édicte. Ainsi sera traitée la vocation extraterritoriale de ces normes (*Paragraphe 1*), gardant à l'esprit que ces mesures s'appuient essentiellement sur des moyens économiques, qui conditionnent en réalité la portée de ces normes que leurs contenus normatifs (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - La portée extraterritoriale ou universelle de l'embargo

30. Mesures primaires et mesures secondaires. La vocation extraterritoriale d'une loi d'embargo s'explique par la volonté de l'État d'imposer aux opérateurs économiques une certaine conduite de leur activité à l'étranger. Cette volonté doit s'analyser à travers la

⁵⁸ MOFCOM Order No. 1 of 2021 on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures.

⁵⁹ I. Feng, « La Chine mesure la vulnérabilité de son système financier », *Le Monde*, 30 avril 2022.

⁶⁰ The Department of the Treasury, « The treasury sanctions 2021 sanctions reviews », oct. 2018, « *Sanctions are most effective when coordinated as an Administration with allies and partners who can magnify economic and political impact. This coordination also enhances the credibility of U.S. international leadership and shared policy or security goals of the United States and its allies* », p. 5. URL: Treasury-sanctions-2021, consulté le 22 mai.

compétence de l'État d'édicter une norme, qui repose sur l'un des trois éléments constitutifs de sa définition : le territoire, la population et la souveraineté. Ainsi en est-il du champ d'application d'une norme qui, en droit international coutumier, se définit par un lien de rattachement qui peut être territorial, personnel, ou matériel, résultant d'une atteinte fondamentale aux intérêts d'un État⁶¹. La question est de savoir, pour le cas qui nous intéresse, c'est-à-dire l'application d'une loi d'embargo à la banque ou à une opération bancaire internationale, sur quels liens de rattachements se fonde l'État qui édicte la mesure ? Subsidiairement, jusqu'où la banque est contrainte de s'exécuter ?

31. La première difficulté tient à ce que chaque État est souverain pour définir ses critères de compétences. Pour prendre l'exemple des États-Unis, précurseurs en la matière, ces derniers ont défini des critères de compétences de façon particulièrement large, et ont retenu des liens de rattachements particulièrement ténus. Au titre de leur compétence territoriale, les autorités de poursuite américaine ont pu rattacher au territoire américain des transactions opérées entre une filiale suisse de la BNP Paribas et des entités sous embargo américain du fait qu'une opération de compensation de paiement (*clearing*) en dollars était intervenue sur le territoire américain, via les infrastructures financières américaines. D'où le constat que dans « un monde globalisé, les États peuvent en effet presque toujours justifier d'un rattachement soit territorial, soit personnel »⁶². Ainsi, il est difficile de parler d'extra-territorialité en présence de ces liens de rattachement, mais plutôt d'une « territorialité prorogée »⁶³. De même, s'appuyant sur la compétence personnelle, les personnes morales étrangères ont pu être assimilées à des « US person », du fait du contrôle dont une US Person détient au moins 50 % des droits de vote ou de capital, y compris les filiales étrangères d'une société américaine en tant que « Ce sont ceux qui sont applicables aux personnes définies comme « subject to the jurisdiction of the United States »⁶⁴. En outre, sur le fondement de la compétence réelle, ont été prohibées les opérations d'import et d'exports concernant un bien d'origine américaine, à hauteur de 10 % de sa valeur

⁶¹ Par la suite, la doctrine a pu consacrer d'autres titres de compétence, comme la compétence universelle. Sur ces aspects v. A. Miron et B. Taxil « Les extraterritorialités entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'*Imperium* sans le *Dominum* ? », in A. Miron et B. Taxil, *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI – Colloque d'Angers 2020, pp. 15-56 ; B. Stern, « L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992. p. 239-313.

⁶² M. Audit et Y. Kerbrat, « Regards croisés sur l'extraterritorialité droit public / droit international privé » in A. Miron et B. Taxil (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI – Colloque d'Angers 2020, p. 67.

⁶³ G. Affaki, « Regards bancaires sur l'extraterritorialité », *op. cit.*, Note (4) p. 30.

⁶⁴ R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée... », *op. cit.* Note (4), p. 792.

totale ou un bien en provenance des États-Unis. La Communauté européenne avait opposé que les biens et les technologies n'ont pas de nationalité⁶⁵.

32. La seconde difficulté tient à l'édiction de législation sans considération de nationalité, ni de lieu d'agissement, de nature hégémonique. On trouve dans la réglementation américaine, l'exemple bien connu des lois « *Helms-Burton* » (sur Cuba) et « *d'Amato-Kennedy* » (sur l'Iran et la Lybie) de 1996. Plus récemment, les États-Unis ont édicté des mesures contre l'Iran ou l'Ukraine⁶⁶. Certaines dispositions prohibent les institutions financières d'une quelconque nationalité de financer en une quelconque monnaie une entreprise du secteur du pétrole ou gaz iranien⁶⁷. Ainsi, les mesures « primaires » se fondent sur les compétences traditionnelles de l'État qui n'ont pas de caractère extraterritorial, mais peuvent être perçues comme telles. Tandis que les secondes « secondaires » sont ouvertement extraterritoriales et posent d'évidentes questions de légalité.

33. Limites à l'extraterritorialité. En grossissant le trait, on peut dire que l'extraterritorialité a été perçue comme un abus de compétence de la part de certains États, par une lecture extensive des liens de rattachements. Cette perception est le fruit de plusieurs éléments d'analyse qui ne rendent pas une vision tout à fait complète du phénomène de l'extraterritorialité. Tout d'abord, l'intervention du juge a limité la crainte d'une « extraterritorialité débridée ». Par trois fois, la Cour suprême américaine a affirmé la présomption selon laquelle la loi des États-Unis « s'applique sur le territoire national, mais ne gouverne pas le monde »⁶⁸ ; la loi des États-Unis « ne donnant pas d'intention claire de son application extraterritoriale n'en a pas »⁶⁹ et que l'extraterritorialité n'était retenue qu'aux « cas de violation des normes « spécifiques, universelles et obligatoires »⁷⁰. Ensuite, l'affirmation d'une hégémonie américaine du fait des mesures secondaires est restée une chimère d'ordre théorique. Le rapport Gauvin constate néanmoins « que l'OFAC utilise avec parcimonie ses

⁶⁵ European Communities, « Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR », *International Legal Materials*, 1982, vol. 21, p. 894, in R. Bismuth « Pour une appréhension... », *op. cit.*, Note (2) p. 795.

⁶⁶ Pour l'Iran, voir les différents textes, *Comprehensive Iran Sanctions Accountability Act, Divestment Act*, et *Iranian Financial Transaction Regulations*. Pour l'Ukraine, voir *Ukraine Freedom Support Act*.

⁶⁷ V. National Defense Authorization Act (2011).

⁶⁸ *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 454 (2007)

⁶⁹ *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 248 (2010).

⁷⁰ Sur ces aspects, voir N. Maziau « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 2015. 23. Pour une approche complète des fondements de l'extraterritorialité américaine v. le *Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'union européenne*, du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Mai 2022 pp. 22-34

pouvoirs de sanctions en la matière : la mission n'a identifié que quatre utilisations des dispositifs de sanctions secondaires depuis 2012 »⁷¹. Enfin, les professeurs Mathias Audit et Yann Kerbrat ont très justement souligné que « cette focalisation sur des cas qui relèvent une forme d'ingérence d'un État n'est pas neutre sur la manière dont les internationalistes publicistes appréhendent les questions d'extraterritorialité et envisagent les réponses au phénomène »⁷². Plusieurs critiques se sont exprimés pour délaisser ce terme « périmé », lui préférant une « compétence économique » ou l'idée de *Doing Business*⁷³ pour mieux rendre compte de la situation des individus.

Paragraphe 2. - Les vecteurs économiques amplifiant la portée une loi d'embargo

34. On prendra comme point de départ, le point de vue de l'administration américaine, qui raisonne moins en termes d'extraterritorialité juridique, que sur une analyse purement économique. Effleurés partialement dans le paragraphe précédent, plusieurs vecteurs économiques amplifient la portée des lois d'embargo. Selon Régis Bismuth, on peut en relever trois : le capital des sociétés, la monnaie scripturale et le marché économique⁷⁴.

35. Au titre du capital des sociétés, on a vu que les liens capitalistiques ont permis d'étendre le champ d'application des législations des embargos américains aux filiales localisées à l'étranger. Il faut également mentionner deux autres situations : le capital détenu par l'État en tant qu'investisseur, qui peut être le véhicule de normes notamment éthiques ; le capital coté directement ou indirectement sur le marché financier d'un état, et la pénétration des marchés financiers par les problématiques sociales et environnementales. La société mère peut également sur le schéma de la loi vigilance ou de la conformité, édicter des normes de compliance interne. Ainsi, les banques notamment à travers la gestion du risque de non-conformité peuvent étendre à leur groupe des normes issues d'un ordre juridique particulier, se faisant les vecteurs de l'extraterritorialité de certaines normes. À l'inverse, la nationalisation peut limiter la portée de l'embargo ; situation envisagée pour les sociétés implantées en Russie notamment. De même, l'État peut également réquisitionner une entreprise constituée sur son territoire, voire la nationaliser comme ce fut le cas en 1982 en France (dont l'extraterritorialité

⁷¹ Rapport AN de R. Gauvain « Rétablir la souveraineté ... », *op. cit.*, Note (30), p. 23.

⁷² M. Audit et Y. Kerbrat « Regards croisés... », *Op. cit. n°45*, p. 64

⁷³ Sur ces aspects voir L. d'Avout « L'extraterritorialité du droit dans la vie des affaires, *JCP E* ; R. Bismuth « Au-delà l'extraterritorialité... », *op. cit.*, Note (27) p. 113.

⁷⁴ *Ibid.*

fut favorablement acceptée en Belgique, où étaient situés certains actifs)⁷⁵ ou nommer un administrateur provisoire pour contraindre la filiale française à exécuter les commandes reçues du pays frappé par l'embargo américain⁷⁶.

36. En ce qui concerne la monnaie scripturale, les États-Unis ont été conscients que l'efficacité des mesures restrictives adoptées « rests on the formidable strength of, and trust in, the U.S. financial system and currency »⁷⁷. C'est avec créativité que les autorités fédérales ont rattaché une opération de compensation mobilisant les infrastructures et le marché financier américain à une transaction entre une filiale suisse et des entités cubaines, soudanaise et iranienne. Elles ont ainsi condamné plusieurs banques, parfois à une amende équivalente à une année entière de bénéfices⁷⁸. Malgré ce privilège économique - le dollar étant la devise de référence mondiale dans les échanges, les États-Unis cherchent à faire évoluer la portée de leur sanction en les adaptant à de nouveaux actifs comme la crypto-monnaie ou parfois même les œuvres d'art⁷⁹.

37. De même, le marché économique peut être utilisé comme vecteur d'amplification de la norme d'embargo. Ainsi, et pour rester bref, les États-Unis menacent de restreindre l'accès à leur marché, si les opérateurs continuaient de commercer avec les pays sous embargo. L'opérateur doit alors faire un choix entre le marché économique dans lesquels il développe ses activités et le marché américain. La même menace est utilisée, sous forme de retrait de licence d'opérer sur le marché américain pour les banques qui refuseraient de « dialoguer » avec les autorités de poursuites, accompagnée d'injonctions à leur encontre à tout moment⁸⁰.

⁷⁵ T. com. Namur, 14 oct. 1986, inédit, textuellement rapporté par B. Stern « L'extraterritorialité... », *op. cit.* (Note 62) AFDI 199.239, p. 310.

⁷⁶ Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, D. 68147, JCP 65.II.14274.

⁷⁷ The Department of the Treasury « The treasury sanctions 2021 sanctions reviews », oct. 2018, p. 1. URL: Treasury-sanctions-2021

⁷⁸ Sur les poursuites contre BNP Paribas aux États-Unis en 2014, v. L. d'Avout, *Receuil Dalloz*, *op. cit.*, Note (4).

⁷⁹ Sur la modernisation du système de sanction par la prise en compte d'autres moyens économiques v. The Department of Treasury, « To ensure sanctions continue to support U.S. national security objectives, the U.S. government must adapt and modernize the underlying operational architecture by which sanctions are deployed. These changes are also needed to keep pace with the evolution of the global financial architecture, which has a profound impact on the efficacy of U.S. financial sanctions. American adversaries—and some allies—are already reducing their use of the U.S. dollar and their exposure to the U.S. financial system more broadly in cross-border transactions (...) In addition, technological innovations such as digital currencies, alternative payment platforms, and new ways of hiding cross-border transactions all potentially reduce the efficacy of American sanctions ». Sur la question de l'utilisation de l'industrie de l'art et l'inefficacité des sanctions », *op. cit* Note (79). Voir également le rapport du Sénat américain rédigé par R. Portman et T. Carper « The art industry and U.S. policies that undermine sanctions » U.S. United States Senate Permanent Subcommittee on investigations, mai 2020.

⁸⁰ Sur cet aspect, v. L. d'Avout « « L'extraterritorialité ... », *op. cit.*, Note (4) n°51 p. 1878.

Chapitre 2 — Légalité de l’embargo

38. Le problème de la légalité. Après avoir considéré les finalités politiques et les moyens économiques de l’embargo, on s’efforcera d’en apprécier la dimension juridique, mobilisant les concepts de droit international public. L’embargo repose sur deux contradictions : la possibilité pour un État de prendre des mesures de restrictions qu’il estime nécessaire pour sa sécurité nationale et la nécessité d’assurer la liberté de commercer et plus largement l’harmonie de la société internationale. Or cette dialectique a parfois été mise en brisée, et dénoncée comme une atteinte à la légalité internationale, au regard de la théorie des compétences, et des liens de rattachements. Ainsi l’enjeu est de savoir, si la mesure d’embargo contrevient-elle aux règles au droit international public. Pour ce faire, il convient de partir de la pierre angulaire du droit international public : l’arrêt Lotus ; et d’apprécier la légalité de la mesure au regard de la théorie des compétences (*Section 1*). On devra ensuite « plonger » dans les mécanismes de compensation, afin de démystifier le rapport qu’entretiennent l’utilisation d’une chambre de compensation avec l’exercice d’une compétence territoriale de l’État, en vue d’apprécier la légalité des liens de rattachement avec le forum américain. Cette plongée s’effectuera à travers l’affaire BNP Paribas. (*Section 2*).

Section 1 — La légalité à l’épreuve du droit international

39. Il ne s’agit pas ici d’étudier l’ensemble des atteintes possibles à la légalité internationale, mais plutôt de donner une vue générale des problématiques et des limites de la compétence de l’État pour édicter des normes à portée universelle. Traditionnellement, on distingue le droit coutumier international (*Paragraphe 1*), du droit international conventionnel (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - Le droit coutumier international

40. Au moins depuis l’arrêt Lotus⁸¹, s’est posée la question des limites à l’exercice de la compétence des États à édicter des normes qui ont un effet en dehors de leur territoire. La Cour permanente de Justice a fixé le principe selon lequel « tout ce que l’on peut demander à un État, c’est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence : en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu’il exerce se trouve dans sa souveraineté. Dans son analyse,

⁸¹ CPJI, arrêt du 7 sept. 1927, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, Série A, n°10.

Brigitte Stern⁸² a retenu deux principes coutumiers essentiels du droit international relatifs à la compétence des États. Il s'agit d'une part, de la compétence d'exécution, qui est le pouvoir de mettre en œuvre les normes (saisie de documents, arrestations), impliquant l'exercice de la puissance, et se limitant en principe au territoire de l'État qui l'édicte⁸³ ; et d'autre part, la compétence normative : pouvoir de l'État d'édicter des normes et de les appliquer à des situations données, au travers notamment de décisions administratives ou de jugements, qui peuvent être extraterritoriaux⁸⁴. Les débats sur « l'extraterritorialité » sont nombreux, voire houleux. On se concentrera donc sur la problématique relative au fondement de la compétence normative et de son étendue.

41. La compétence normative, fondée sur la souveraineté ou la protection des intérêts fondamentaux, engendre une difficulté première en raison de l'absence d'un consensus international sur sa *ratio legis*. Elle a été reconnue par le droit coutumier comme nécessaire afin de pouvoir réglementer des situations menaçant l'existence ou la sécurité de l'État⁸⁵. Chaque État ayant sa propre conception de la sécurité et de l'illicite, la communauté internationale se trouve face à une difficulté majeure quant à l'interprétation du fondement de la capacité normative. Pour rester sur l'exemple américain, la capacité d'édicter des législations peut reposer sur la défense de la sécurité nationale et la politique extérieure, mais également par la défense de « certains intérêts nationaux »⁸⁶. Or, la sécurité de l'État repose sur des concepts assez généraux, dont le champ d'application est « particulièrement indéfini et mouvant »⁸⁷. Certaines mesures sont parfois dépourvues de tout titre de compétence et peuvent relever d'une ingérence dans les affaires intérieures de l'État cible et dans les affaires extérieures des États tiers affectés. Dans une large mesure, l'analyse des finalités joue donc un rôle « manifeste dans l'appréciation de leur licéité internationale ». Cette analyse sera particulièrement féconde devant le juge interne, même si la finalité de la sécurité nationale peut en réalité recouvrir une finalité illicite, ou tout du moins illégitime.

42. En raison de ce principe de territorialité, qui fonde la souveraineté, il n'est pas possible pour un ordre juridique d'imposer sa législation à une entreprise étrangère lorsque celle-ci se trouve à l'étranger en l'absence de lien de rattachement. Si la Cour de Justice internationale a pu juger que l'exercice de fonctions internationales tel que l'attribution de la nationalité devait

⁸² B. Stern « Quelques observations... », *op. cit.*, (Note 12), pp. 239 et s.

⁸³ La possibilité de prévoir des exceptions repose sur une règle internationale coutumière ou conventionnelle.

⁸⁴ Sauf dans les hypothèses où cet exercice est interdit par le droit international.

⁸⁵ B. Stern, « Quelques observations... », *op. cit.*, Note (12) p. 25.

⁸⁶ Voir la définition de l'American law Institute, *Restatement (4th) of US Foreign Relations Law, 2018 §201*.

⁸⁷ A. Miron et B. Taxil « Les extraterritorialités... », *op. cit.*, (63) pp. 27-38.

relever de l'existence d'un lien effectif⁸⁸, cette position a été renversée, notamment par l'affaire *Barcelona Traction*⁸⁹. La Cour qui devait apprécier en l'espèce si le contrôle d'une société par un actionnariat belge permettait à l'État belge d'offrir une protection diplomatique à la société en question. Dans son point 38, la Cour considère que, « *le droit international reconnaît dans les sociétés des institutions créées par les États dans un domaine relevant essentiellement de leur compétence nationale* ». Cet arrêt a contribué à l'étiollement des liens de rattachement avec le territoire entre les faits traités et la compétence exercée. Ainsi, le professeur Mathias Audit, à propos des compensations opérées sur le territoire américain, a pu considérer qu'en raison de la spécificité de la place du dollar dans les relations économiques internationales et de son rôle central dans l'organisation du système monétaire mondial, les États-Unis ont *de facto* renoncé « *à une part du lien de souveraineté qui unit un pays à sa monnaie* »⁹⁰. Ils devraient par conséquent ne pas intervenir dès lors qu'une opération a pour seul lien de rattachement l'utilisation de cette monnaie.

Paragraphe 2. - Le droit conventionnel international

43. Limite de l'analyse. Avant d'analyser la légalité de l'embargo au droit conventionnel international, il faut reconnaître deux limites à l'analyse. La première est quantitative, étant donné le peu, voire l'inexistence des contentieux. La deuxième est qualitative, un peu éloignée de la réalité des banques en ce qu'elles obligerait à recourir à la protection diplomatique de l'État dont elle a une nationalité ; théoriquement les banques assurant une mission de service public, en particulier dans la diffusion des sanctions pourraient se voir octroyer une telle protection⁹¹. En outre, dans l'appréciation des juges internationaux, on ne trouve pas de développements relatifs à la compétence de l'État, sa licéité ou pas⁹². Pour autant, l'étude de la

⁸⁸ « *Le droit international laisse à chaque État le soin de déterminer l'attribution de sa propre nationalité (...) Mais un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il 'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'état* » CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Rec. 1955, p.23

⁸⁹ CJI, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970.

⁹⁰ M. Audit, « Sanctions contre BNP Paris : l'extraterritorialité du droit américain est-elle conforme au droit international ? », *Les Échos*, 25 juin 2014.

⁹¹ Pour une nouvelle protection diplomatique et procédurale, des entreprises, on pourrait imaginer, ainsi que le propose Louis d'Avout que « *dans les pays exposés aux effets extraterritoriaux des droits étrangers, de contraindre les autorités de régulation à intervenir auprès de leurs homologues étrangers (...) l'intervention prendrait la forme d'une requête en incompétence de l'autorité étrangère souhaitant agir par voie de sanction, ou en suspension de sa procédure, ou encore en consultation préalable ou association à la procédure* » in L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit... », *op. cit.*, Note (1) pp. 1883-1884.

⁹² *Ibid*, p. 1882.

légalité ne serait pas complète sans passer en revue les dispositions du GATT et des accords commerciaux aujourd'hui administrés par l'OMC, qui pourraient infirmer la licéité des lois d'embargo, réservant les dispositions du FMI pour l'étude des liens de rattachement qui nécessitent des développements spécifiques.

44. À titre principal, les embargos peuvent être « légitimés selon des critères assez peu contraignants »⁹³. L'article XXI du GATT dispose qu'« aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée (...) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ». Or, nous l'avons vu au stade de l'étude des finalités, les États définissent et interprètent la nécessité de ces mesures d'une façon très large, faisant varier le sens de l'illicite et de la sécurité. Michel Foucault n'expliquait-il pas que l'État policier assure sa mission par la poursuite d'objectifs illimités ? Mais dans le cadre de traités bilatéraux ou régionaux, il pourrait y avoir et il y a eu des violations des dispositions de certains de ces traités, comme en témoigne l'affaire des *activités militaires et paramilitaires*. Cette affaire, si elle a affirmé le qu'un « État n'est pas tenu de poursuivre des relations commerciales particulières », a aussi reconnu que « l'embargo constituait une mesure en contradiction avec l'article XIX du traité »⁹⁴.

45. À titre subsidiaire, les embargos peuvent contrevenir au traitement national en matière d'impositions et de réglementations intérieures. L'article III du GATT, dispose que « les parties contractantes reconnaissent que les (...) les lois, règlements et prescriptions affectant (...) le marché intérieur (...) ne devront pas être appliqués (...) de manière à protéger la production nationale ». Ainsi, en sanctionnant les entités étrangères, les États peuvent « moduler la concurrence », en exposant celles-ci à des sanctions financières plus élevées que les entreprises américaines ; il y aurait une atteinte caractérisée à la licéité internationale. Ceci nécessite tout du moins une analyse statistique. Or, le rapport Gauvin analysant les entreprises poursuivies sur le fondement de diverses sanctions américaines observe « la part ultra-prépondérante d'entreprises non américaines dans le total des entreprises poursuivies (77%), (qui) montrent que les entreprises non américaines semblent beaucoup plus fréquemment visées par le DoJ que les entreprises américaines ».

⁹³ E. Robert « L'embargo en droit international », *L'embargo*, AEDBF, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 25.

⁹⁴ CIJ, affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua/États-Unis) fond, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil*, 1986 in E. Robert « L'embargo... », *op. cit.*, pp.23-26.

46. Illustrations contentieuses devant l'organe des différends de l'OMC. En 1998, à propos d'un contentieux portant sur la préservation des espaces marins, l'organe des différends de l'OMC, a pu légitimer la politique des États-Unis qui entendait lutter pour la préservation de ces espaces ; il s'agissait d'une cause universelle. En revanche, cet organe a condamné la mesure unilatérale prise par les États-Unis de restreindre aux méthodes de pêches dans le monde entier, l'utilisation de certains filets de pêche qui tout en blessant les dauphins et menaçait des espèces protégées de tortues. En effet, ces mesures reposaient sur des standards unilatéraux qui avaient fait l'objet de mesure de faveur pour certains États (l'accès au marché américain), et de défaveur pour d'autres (le refus de l'accès au marché intérieur). Ainsi, et s'agissant de l'application à des situations différentes d'une mesure commune, les États-Unis avaient commis une discrimination au sens des dispositions de l'OMC⁹⁵. L'organe d'appel de l'OMC, en insistant sur la nécessité pour l'État qui entendait prendre des restrictions unilatérales, de justifier du lien entre l'objectif affiché et la mise en œuvre de la mesure restrictive, ainsi que l'identique traitement des opérateurs étrangers et nationaux, donne des pistes cruciales pour une meilleure coordination des droits nationaux en général, et de l'édiction de loi d'embargo en particulier. Cette adéquation entre la mesure et la finalité sera particulièrement féconde devant le juge, mais elle ouvre surtout sur l'appréciation du lien de rattachement particulier que constitue l'utilisation de la monnaie américaine.

47. Un débat sans fin ? Le rapport Gauvin précité identifie les « recommandations, qui permettront de combler certaines lacunes, d'améliorer l'efficacité de nos protections contre les mesures extraterritoriales et qui inciteront l'Europe à agir de concert sur ce sujet » et propose de saisir pour avis la Cour Internationale de Justice afin de fixer l'État du droit international sur l'extraterritorialité. Cet avis constituerait une base de réflexion fort utile.

⁹⁵ V. *affaire États-Unis – Crevettes* (1998) et notamment le Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/23.

Section 2 — La légalité à l'épreuve du lien de rattachement

48. Le débat contemporain. En matière économique, et du point de vue de la banque, le débat se cristallise moins sur des situations où les États exercent des compétences ne présentant aucun lien avec leur territoire, que des situations où l'État exerce ses compétences sur le fondement d'un lien territorial, parfois interprété très largement. Ainsi, en est-il de l'utilisation de la devise d'une transaction comme critère de rattachement territorial. Aussi, ce débat sera envisagé à travers la lumière de l'affaire BNP Paribas. On se proposera d'examiner tour à tour le sens et la valeur du lien de rattachement retenu, analysant les faits et le droit (*Paragraphe 1*), avant d'en apprécier le bien-fondé (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - L'affaire BNP Paribas : les faits et le droit

49. Les faits. Le 30 juin 2014, la banque française BNP Paribas (BNPP) a reconnu avoir violé intentionnellement la législation d'embargo américaine en traitant plusieurs milliards de dollars de transactions par le biais du système financier américain pour le compte d'entités soudanaises, iraniennes et cubaines soumises aux sanctions économiques américaines. La procédure américaine de *Discovery* a forcé BNPP à dévoiler un certain nombre de documents internes, sur lequel se sont basées les autorités de poursuites, pour révéler le système mis en place à travers divers montages financiers afin de contourner les législations américaines. Tout d'abord, pour les transactions avec le Soudan (6,4 milliards de dollars), BNPP a eu recours à des banques satellites dans un processus en deux étapes. Dans la première étape, une banque soudanaise cherchant à transférer des dollars américains hors du Soudan transférait des fonds en interne au sein de BNPP Genève vers un compte de BNPP Genève spécifiquement géré par une banque satellite (un transfert de livre à livre au sein de la même banque, évitant les compensations américaines) pour faciliter les transferts de dollars américains depuis le Soudan. Dans un deuxième temps, la banque satellite transférait l'argent au bénéficiaire prévu de la banque soudanaise par l'intermédiaire d'une banque américaine sans en référer à la banque soudanaise. Par conséquent, pour la banque américaine, il semblait que la transaction provenait de la banque satellite plutôt que d'une banque soudanaise. De plus, à chaque étape, BNPP omettait l'identité des bénéficiaires et/ou donneurs d'ordre des transactions qui faisaient l'objet de sanctions. Ensuite, pour les transactions avec l'Iran (650 millions de dollars), BNPP a procédé à l'émission de trois lettres de crédit facilitant l'acheminement de gaz liquéfié à une entité en Irak. Le bénéficiaire de ces lettres de crédit était une société pétrolière incorporée à

Dubaï, et contrôlée à 100% par un groupe énergétique iranien, basé à Téhéran. Enfin, pour les transactions avec Cuba (1,747 milliard), le montage utilisé ressemble beaucoup à celui du Soudan, avec quelques spécificités. Par exemple, l'une des facilités offertes par BNPP consistait en des prêts en dollars américains accordés à une société néerlandaise pour financer l'achat de produits pétroliers bruts destinés à être raffinés à Cuba et vendus à ce pays.

50. Le processus décrit est riche d'intérêt pour la problématique juridique. En effet, certains employés de la banque expliquent ne pas avoir été informé que les lois américaines s'appliquaient ou pouvaient s'appliquer aux banques étrangères, en particulier si les transactions étaient compensées sur le territoire américain par une banque américaine, plutôt que la filiale New-Yorkaise de BNPP. Néanmoins ce processus ne qualifie pas juridiquement les techniques bancaires employées par BNPP. Le document tient pour causale les structures de paiement mis en place et la violation caractérisée, sans que ces structures soient en droit illicites. L'accent est plutôt mis sur la connaissance qu'avait BNP de l'interdiction et de l'intention de les contourner. Cela s'explique peut-être par la nature de la sanction qui a été négociée et publiée ; il faudrait voir dans ce document, une sorte de contrat où chaque partie met ce qui lui paraît acceptable au regard du monde. Ainsi, la fonction de ce document est bien la reconnaissance d'une faute, d'aveux plus qu'une démonstration juridique que l'on s'efforcera de suivre.

51. Le droit. La régulation américaine trouve sa source dans deux lois (dont les objectifs de sécurité nationale et de politique étrangère ont déjà été évoqués) : le Trading with the Enemy Act (« TWEA ») et l'International Economic Emergency Powers Act (« IEEPA »). Entre ces textes et la sanction, deux questions se posent. La première question est de savoir si ces lois américaines s'appliquent à BNP Paribas, dont le siège est établi à Paris. Autrement dit quel est le champ d'application spatial de ces textes ? En général, et afin de garantir l'efficacité de ces mesures, celles-ci s'appliquent à toute personne incorporée / formée aux États-Unis, à tout citoyen ou résident américain, à toute « US person », ou à toute entité non américaine dès lors qu'elle est contrôlée par une « U.S. Person ». Le *statement of facts* traduit cette préoccupation et explique pourquoi les transactions illicites n'ont pas été effectuées par sa filiale new-yorkaise de BNPP mais par une banque new-yorkaise⁹⁶. Ainsi, la loi américaine n'a pas vocation à

⁹⁶ Statement of facts §34 « *In interviews with outside counsel for BNPP, several BNPP employees who were*

s'appliquer à BNPP, mais ce n'est pas sur le lien personnel que se sont fondées les autorités américaines, mais bien sur le lien territorial. La deuxième est de savoir si l'utilisation de la devise d'une transaction (le dollar) permet de rattacher celle-ci au territoire qui l'a émise. L'enjeu est central car aucune des lois d'embargo, ni même le *statement of facts*, à aucun moment ne prohibe l'interdiction d'utiliser le dollar comme monnaie de paiement. Ainsi se pose la question de savoir en quoi ces opérations effectuées par BNPP ont-elles un lien concret avec le territoire américain, justifiant d'un intérêt à agir (compétence internationale) pour les autorités de poursuites. Les régulateurs américains ont retenu une connexité territoriale en tenant compte des opérations de compensation qui ont eu lieu via des institutions ou systèmes de paiement localisés sur le territoire américain, et soumis à la législation américaine.

52. Le rattachement territorial par la compensation. Les grandes banques internationales lorsqu'elles effectuent des paiements vers d'autres banques utilisent des chambres de compensation pour centraliser leurs opérations. La chambre de compensation permet notamment d'éviter un risque systémique de faillite en chaîne ; plutôt qu'une banque fasse un virement de 50 millions d'euros à une autre banque, et que cette banque fasse également un virement de 40 millions d'euros ou équivalent à la première, on utilise la compensation, évitant ainsi la perte drastique de fonds. De même, lors d'un paiement en dollars entre deux banques non américaines, celles-ci procèdent à une opération de compensation, soit par une de leur filiale qui possède des comptes en dollars, soit par une banque qui effectuera pour eux la compensation. Cette centralisation des opérations dans une chambre de compensation se fait par le système « SWIFT », société privée permettant de traiter des messages entre prestataires des paiements de façon sécurisée. De deux choses l'une : on a reproché à BNPP d'avoir intentionnellement occulté l'origine des transactions et de ne pas l'avoir révélée lors de l'introduction de l'ordre de paiement aux institutions américaines, en modifiant les informations du message SWIFT en quelque sorte, et les autorités ont considéré que leur compétence pouvait s'exercer sur une transaction qui mobilisait les systèmes de paiement américain⁹⁷. Serait-il déraisonnable de conclure que ce lien n'est pas concret ? C'est en tout cas la position selon laquelle il s'agissait d'une interprétation extensive.

involved in or had knowledge of BNPP's business with Sudan claimed that they did not believe that U.S. sanctions laws applied or could be applied to foreign banks, particularly if transactions involving Sanctioned Entities were processed through an unaffiliated U.S. bank, as opposed to BNPP New York »

⁹⁷ Les deux principaux étant le Fedwire géré par la *Federal Reserve*, et le *Clearing House Interbank Payments System* (CHIPS)

Paragraphe 2. - L'affaire BNP Paribas : critiques et contre critiques

53. Critiques. Cette interprétation a suscité de vives réactions, tant juridiques que politiques, formulant peu ou prou la même critique : les États-Unis abusent de leur souveraineté monétaire. Pour bien comprendre cette critique, il faut la critique adressée, il faut se placer du point de vue de l'argument retenu, celui d'exercer une compétence territoriale à propos de transactions en dollars faisant l'objet d'une opération de compensation. Cette opération de compensation est tout d'abord accessoire à la transaction, elle n'est donc pas suffisante pour établir l'exercice d'une compétence territoriale. Ainsi, la souveraineté monétaire ne permet pas à l'État de réglementer toutes les transactions qui impliquent sa devise, cela reviendrait à attribuer une compétence universelle. Comme l'a soutenu le Professeur Régis Bismuth dans son article de 2015⁹⁸ - sur lequel il reviendra en 2020⁹⁹, « *la souveraineté monétaire permet à l'État d'exercer une palette de compétences reconnue par le droit international, [elle ne reconnaît] pas celle d'exercer une forme de compétence personnelle sur la monnaie en tant qu'objet de propriété dès lors que celle-ci ne se situe plus sur le territoire de l'État émetteur [...] et il ne peut réglementer l'usage de sa devise à l'étranger [...]* ». Cette analyse est basée sur un article de Charles Proctor qui considère que ce raisonnement s'applique « *even though any payment made in respect of that transaction would ultimately have to be reflected by account movements on the clearing system which is operated within that State* ». Il est vrai que toute opération libellée en dollars entraîne nécessairement une opération de compensation. Partant, cela reviendrait à conférer aux États-Unis, par le biais de leur devise qui est nécessairement compensée sur le territoire américain, une compétence universelle. Le professeur Bismuth compare ce procédé à celui de la circulation des contenus sur Internet : dès lors que les serveurs sont localisés sur le territoire américain et qu'ils stockent les données, les autorités américaines seraient en mesure de capter et d'agir sur tout contenu et contre tout opérateur qui ferait transiter ces données par ce serveur. Par conséquent, les autorités américaines n'avaient pas de compétence pour agir sur les transactions en se fondant sur les opérations de compensation. Cette extension du lien territorial entre l'opération accessoire (la compensation) et l'opération principale (la transaction en dollars) est similaire au raisonnement des autorités américaines retenu en matière de compétence personnelle lorsqu'en 1982 les États-Unis imposant l'embargo à l'Union soviétique ont voulu comprendre dans son champ d'application *rationae personae* les filiales européennes des sociétés américaines, en dépit du voile social qui distingue juridiquement les sociétés mères des sociétés filles, quand bien même

⁹⁸ R. Bismuth, « Pour une appréciation nuancée... », *op. cit.*, Note (2).

⁹⁹ R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité... », *op. cit.*, Note (27).

il y aurait une dépendance économique. De plus, l'utilisation hasardeuse des liens capitalistiques ou de la monnaie scripturale renforce le caractère contestable au regard du droit international public.

54. Contre critiques. Si le Professeur Bismuth a critiqué l'utilisation du critère de la devise d'une transaction comme élément de rattachement, il est revenu sur cette analyse dans son article de 2020¹⁰⁰, rappelant « les liens concrets existant avec le territoire du lieu de la compensation, et qu'en tout état de cause, « il s'agit peut-être d'une interprétation extensive par les États-Unis de leur souveraineté monétaire, mais il est délicat de conclure qu'elle est manifestement déraisonnable ». Dès 2014, le Professeur Louis d'Avout avait quant à lui expliqué « le caractère acceptable de la compétence revendiquée et exercée » par les autorités de poursuite en relevant à juste titre « que nulle part, dans les textes américains il n'est affirmé que l'emploi du dollar comme monnaie de compte est prohibé dans les transactions avec les pays admis »¹⁰¹. D'ailleurs c'est ce qu'il ressort du *statement of facts* qui donne à voir la minutie avec laquelle les autorités ont démontré le lien territorial des violations commises par la BNPP¹⁰². Ainsi, c'est bien les paiements réalisés sur le sol américain, ou encore les ordres de paiement, sans mention des destinataires finaux, qui ont fondé le titre de compétence. Ce qui ne ressort pas clairement de ce *statement of facts*, c'est bien la justification du titre à agir, qui « aurait gagné à être explicité dans l'acte de poursuite et les documents formant l'accord de sanction pénale »¹⁰³.

55. Il convient de s'interroger sur la portée de cette interprétation doctrinale, qui à notre connaissance n'a jamais été appréciée par une juridiction américaine. D'autant plus que l'UE a fait un choix différent en précisant que n'entrent pas dans le champ d'application des mesures restrictives « les entités ou les organismes qui fournissent à un établissement financier ou de crédit uniquement un système de traitement de message, d'aide au transfert de fonds ou de crédit uniquement un système de traitement de messages, d'aide au transfert de fonds ou un système de compensation et de règlement »¹⁰⁴. Ainsi, l'UE clarifie qu'elle n'entend pas poursuivre les opérateurs qui n'arriveraient pas à évaluer les différents risques afférant à cette activité. Aussi, la jurisprudence de la Cour de Justice retient une exigence de critère de

¹⁰⁰ R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité... », *op. cit.* Note (27).

¹⁰¹ L. d'Avout, *Recueil Dalloz op. cit.*, Note (2).

¹⁰² Sur ce point v. Y. Quintin, « Aux frontières du droit... », *op. cit.*, Note (2).

¹⁰³ L. d'Avout, *Recueil Dalloz op. cit.*, Note (2).

¹⁰⁴ Art. 30(6) du Reg (UE) n° 267/2012 du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran.

rattachement principalement en raison de l'établissement de l'opérateur sur le territoire ou de l'exercice d'une activité économique sur le territoire, tel que le nombre de salariés, la cotation des titres d'une société du groupe ou encore le chiffre d'affaires consolidé d'une entreprise¹⁰⁵. Enfin, si l'UE était tentée de retenir une compensation comme fondement de sa compétence, la question serait de savoir s'il s'agit d'une compétence territoriale de l'UE ou de l'État sur le territoire duquel est localisée la banque correspondante¹⁰⁶. Les textes européens préfèrent l'insertion de clauses dans des contrats financiers qui imposent aux parties de reconnaître 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 ladite directive¹⁰⁷.

56. En conclusion, l'analyse des principaux cadre normatifs (UE/US) aura montré que leurs conceptions ne répondent ni des mêmes philosophies, ni de mêmes moyens employés, plaçant les entreprises, au rang desquelles figurent les banques dans des positions inconfortables. Ce choc des impérativités transatlantique n'est pourtant pas celui qu'une partie de la littérature a laissé entrevoir. La mise en concurrence des systèmes normatifs qui se déchireraient à la manière des Montaigu et des Capulet laisse en réalité entrevoir une coordination des législations. Depuis l'invasion russe en Crimée, puis dans l'ouest de l'Ukraine, on a assisté à une remarquable coordination des unilatéralismes. Dans le droit contemporain de l'embargo, la « guerre économique » ou lawfare annoncée n'aura donc pas lieu. Mais surtout, les prétentions universelles de certaines normes s'expliquent moins par la conception extraterritoriale que l'on peut s'en faire, que de l'adaptation de l'État aux différents facteurs conjoncturels et structurels d'une économie intégrée. Le banquier aura ainsi pu observer qu'il n'existe pas d'extraterritorialité illégale, ni même abusive au regard du droit international. Il s'agit d'une adaptation de la théorie des compétences de certains État à la dématérialisation des échanges d'une part, et à l'importance des vecteurs économiques qui peuvent amplifier le champ d'application spatial d'une norme d'embargo d'autre part. On peut donc conclure - provisoirement, à une coordination des unilatéralités notamment par la coordination lors de l'adoption de l'embargo.

*
* *

¹⁰⁵ V. le rapport de HCJP, *op. cit.*, Note (72).

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ V. 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 et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE L 173, 12 juin 2014, p. 190.

PARTIE II - LA BANQUE ET LES EFFETS DE L'EMBARGO

57. La loi de la banque. Il est dans l'intérêt de la banque de soumettre la variété de ses opérations à une même loi, afin de rationaliser ses opérations. Le droit international privé repose sur cette vision des choses, en édictant une compétence générale pour la loi de la banque, qu'elle résulte du principe d'autonomie de la volonté, ou à défaut de choix de la règle de conflit objective désignant le lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique¹⁰⁸.

58. Les lois de police. Des considérations d'intérêt public peuvent justifier, dans certaines circonstances, de déroger à la règle de conflit par un mécanisme permettant au for de protéger ses valeurs : les lois de police. Les lois de police sont des lois internes ayant vocation à s'appliquer à une situation internationale parce que des besoins de « de cohésion et d'efficacité du droit interne exigent cette compétence anormale »¹⁰⁹. Ce « fer de lance de l'autoritarisme étatique »¹¹⁰ fait échec à la volonté des parties, y compris à celle de soumettre leur contrat à la loi qui leur convient¹¹¹. Les lois de police modifient donc la compétence générale pour la loi de la banque, au profit d'une loi dont « le respect est jugé crucial pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »¹¹². L'éventualité d'une assimilation de la loi d'embargo à une loi de police étrangère ne peut donc être exclue d'emblée. Sans nier les difficultés conceptuelles d'une telle assimilation, celle-ci semble désormais convenue.

59. La perturbation. Les lois de polices du for comme étrangère placent le juge face à une difficulté majeure, pouvant le conduire à apprécier la politique étrangère d'un autre état, ce qui constitue une difficulté majeure quant à l'incidence des lois d'embargo ; pour les opérations (**Chapitre 1**) comme pour les opérateurs (**Chapitre 2**).

¹⁰⁸ H. Synvet, « Rapport conclusif », *op. cit.*, Note (3) ; P. Kinsch, « L'incidence des lois de police étrangères... », *op. cit.*, Note (11), p. 48.

¹⁰⁹ P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, p. 632-633

¹¹⁰ P. Mayer, Préface de la thèse de Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz 2001.

¹¹¹ P. Mayer, « Les lois de police », in *Journée du Cinquantenaire*, Trav. Com. fr. DIP, CNRS, 1988, p. 108.

¹¹² Art. 9§1 « « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »

Chapitre 1 — La perturbation des opérations

60. L'incidence des lois des embargos sur l'activité bancaire est susceptible de créer une diversité d'effets. On reprendra la classification classique en distinguant d'une part les effets du prononcé de l'embargo (**Section 1**) et d'autre part, les effets de la levée de l'embargo (**Section 2**).

Section 1 — Les effets du prononcé de l'embargo

61. Les effets du prononcé de l'embargo varient selon l'origine de celui-ci. On pourrait dire que l'impérativité de cette mesure de blocage est susceptible de modulations. Il convient de distinguer l'hypothèse où l'embargo résulte d'une décision du for (*Paragraphe 1*) de l'hypothèse où l'embargo résulte d'une décision étrangère (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - Hypothèse où l'embargo résulte d'une décision du for

62. La qualification de loi de police, ne laisse pas de doute quant à l'impérativité dont est entouré l'embargo *lex fori* ; l'établissement de crédit a le devoir de s'y plier, en raison de la restriction de commerce dont il peut faire l'objet, mais aussi en tant qu'institution régulée. Il faut observer avec Hervé Synvet que « si l'énoncé de cette directive est simple, sa mise en œuvre ne l'est pas nécessairement. Des difficultés peuvent surgir en raison tant de la diversité des sources de l'embargo que de l'imprécision de son étendue »¹¹³.

63. **Difficultés en raison de la multiplicité des sources.** Les différents « paquets législatifs » adoptés par l'Union en raison de l'invasion russe en Ukraine (en 2014 et 2022) illustrent ce flux réglementaire, né de l'urgence et du besoin de répondre par le droit à son mépris. Ces mesures restrictives résultent en premier lieu des règlements européens. On peut en citer quatre principaux : le règlement (UE) n°692/2014 consolidé dit « annexion Crimée »¹¹⁴,

¹¹³ H. Synvet « L'embargo... » *op. cit.*, Note (4), p. 216.

¹¹⁴ Règlement (UE) n°692/2014 du Conseil du 23 juin 2014 concernant des restrictions sur l'importation, dans l'Union, de marchandises originaires de Crimée ou de Sébastopol, en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol.

le Règlement (UE) n°2022/263 dit « Donetsk et Louhansk »¹¹⁵, le Règlement (UE) n°833/2014¹¹⁶ consolidé dit « mesures restrictives » et le Règlement (UE) n°269/2014 consolidé dit « Ukraine intégrité territoriale »¹¹⁷. Ces règlements visent essentiellement à diminuer la capacité financière de la Russie à travers des mesures restrictives (personnelles ou sectorielles) concernant notamment le commerce de certains biens, mais aussi les opérations afférentes. Ces règlements sont complétés par de nombreuses « FAQ », qui font l'objet d'une modification fréquente et obligent les opérateurs à une vigilance de chaque instant donnant lieu à une « cartographie des risques » selon le vocabulaire juridique consacré. À cela, s'y ajoutent les décisions PESC qui sont adoptées simultanément aux règlements du Conseil. S'il n'y a pas de prohibition générale pour des transactions impliquant des personnes physiques ou morales russes, il existe un certain nombre de prohibitions spécifiques listées à l'article 5 du règlement (UE) n°833/2014, dont en particulier des autorisations préalables, prises par des lois nationales, en particulier pour la France, celle du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger. Certaines de ces sources peuvent parfois se contredire comme nous le verrons par la suite.

64. Difficultés en raison de la portée exacte d'un embargo. Il peut y avoir pour les banques une incertitude en raison de l'imprécision de son étendue. Elle devra identifier les clients concernés par ces mesures. On en donnera plusieurs illustrations.

65. En ce qui concerne les prohibitions, l'article 5 du règlement (UE) n°833/2014 qui prohibe un certain nombre de transactions pour des personnes listées à l'annexe de ce même règlement. Cette prohibition imposée la banque conduit celle-ci à effectuer un certain nombre de *due diligence* pour identifier le destinataire final d'une opération. Celui-ci est parfois difficilement identifiable eu égard aux différents critères de contrôles retenus. Par exemple, la DG Trésor en huit critères différents¹¹⁸. Pour autant, le législateur semble avoir anticipé ce

¹¹⁵ Règlement (UE) n°2022/263 du Conseil du 23 février 2022 concernant des mesures restrictives en réaction à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'ordre donné aux forces armées russes d'entrer dans ces zones

¹¹⁶ Règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

¹¹⁷ Règlement (UE) n°269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

¹¹⁸ Direction Générale du Trésor, « Mise en œuvre des sanctions et gel d'avoirs : actualité Russie/Ukraine ». URL : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>. La DG Trésor apprécie le contrôle par :

risque posant à l'article 10 la règle *nemo censitur ignorare legem*. Cet article prévoit et organise un régime d'irresponsabilité des personnes, entités ou organismes pour leurs actions « dès lors qu'ils ne savaient ni ne pouvaient raisonnablement soupçonner que leurs actions violeraient les mesures énoncées dans le présent règlement ».

66. Le problème des définitions a pu se poser avec le nouvel article 2 sexies du même règlement qui prohibe « un financement ou aide financière publics en faveur des échanges commerciaux avec la Russie ou des investissements dans ce pays ». En effet, la notion de « financement ou aide financière public » n'est pas définie, et cette imprécision conduit nécessairement à une interprétation. Comme le relève Madame KLEINER on peut s'interroger sur le point de savoir « à partir de quel seuil de participation de l'État ou d'une autre administration, un financement devient-il public ? En France, on imagine les projets financés par la BPI concernés. Mais il se rencontrera des situations où le doute sur la qualification de public pourrait planer ».

Paragraphe 2. - Hypothèse où l'embargo résulte d'une décision étrangère

67. Faculté théorique d'application. La question est de savoir si une mesure d'embargo étrangère va produire un effet au-delà du territoire de l'État qui l'a émise, soit à l'intérieur de l'État étranger. Est-ce que la décision reçoit un meilleur accueil devant les juridictions étatiques, ou l'arbitre par définition dépourvu de for ?

-
- Le fait d'avoir le droit ou d'exercer le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de gestion ou de surveillance de la personne morale ou de l'entité concernée ;
 - Le fait d'avoir nommé, par l'effet du seul exercice de son droit de vote, la majorité des membres des organes d'administration, de gestion ou de surveillance d'une personne morale ou d'une entité qui ont été en fonction au cours de l'exercice actuel et de l'exercice précédent
 - Contrôler seul, sur la base d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou membres d'une personne morale ou d'une entité, la majorité des droits de vote des actionnaires ou des membres au sein de cette personne morale ou de cette entité
 - Le fait d'avoir le droit d'exercer une influence dominante sur une personne morale ou une entité sur la base d'un accord conclu avec cette personne morale ou entité, ou sur la base d'une disposition prévue dans ses statuts, lorsque la législation applicable permet qu'un tel accord ou une telle disposition s'applique à ladite personne morale ou entité
 - Le fait d'avoir le pouvoir d'exercer le droit d'exercer une influence dominante visé au point ci-dessus sans être le détenteur de ce droit
 - Le fait d'avoir le droit d'utiliser la totalité ou une partie des actifs d'une personne morale ou d'une entité
 - Le fait de partager conjointement et solidairement les obligations financières d'une personne morale ou d'une entité, ou de les garantir.
 - Le fait de gérer les activités d'une personne morale ou d'une entité sur une base unifiée, en publiant des comptes consolidés.

68. Tout d'abord, la codification du droit européen laisse au juge une faculté, celle de « donner effet ». Le Règlement Rome I, dans son article 9¹¹⁹ n'impose donc aucune obligation pour le juge, liberté renforcée par l'emploi du verbe « pouvoir ». Ainsi, un contrat pourra être déclaré nul pour illicéité de son objet si celui-ci porte atteinte à une loi de police étrangère. Cette logique était proche de celle suivie par les tribunaux avant la codification du droit international privé européen, telle qu'illustrée dans la fameuse affaire *Sensor*¹²⁰. À l'occasion d'un contrat conclu entre une société française, et une société néerlandaise, indirectement contrôlée par une société américaine, la filiale néerlandaise a fait savoir à la société française, qu'en raison de l'embargo américain, elle se trouvait dans l'impossibilité d'exécuter le contrat pour cause de force majeure. Le Tribunal des référés de la Haye s'est posé la question de savoir s'il pouvait donner effet à cette loi d'embargo américaine. La réponse fut positive : « selon les règles du droit international privé néerlandais, le juge néerlandais, doit néanmoins dans certaines circonstances donner la priorité à certaines dispositions impératives du droit étranger par rapport au droit néerlandais. Parmi les circonstances qui obligent le juge néerlandais à accorder une priorité figure la condition que le contrat présente des facteurs de rattachement suffisant avec le pays étranger. Cette condition n'est pas remplie en l'occurrence ». Plus récemment, la Cour de cassation¹²¹, a confirmé la possibilité de donner effet à une loi d'embargo ghanéenne « si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ». Ainsi que le relève Madame Marchand¹²², « le « tabou » du droit public cède donc progressivement devant l'idée que donner effet aux lois d'un autre État n'est pas forcément prêter la main à des intérêts à des intérêts antagonistes ». La position du juge, n'est pas identique à celle de l'arbitre, il y a une véritable obligation de l'arbitre d'examiner la volonté d'application de la loi d'embargo. Celui-ci appliquant en général la loi de police du lieu de l'exécution probable du contrat, conformément à l'attente légitime des parties¹²³.

¹¹⁹ Selon l'article 9 § 3, « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

¹²⁰ T. Arrond. La Haye, 17 sept. 1982, *RCDIP* 1983, p. 473 ; B. Audit « l'affaire... » *op. cit.*, Note (54).

¹²¹ Cass. com., 16 mars 2010, no 08-21.511, Bull. civ. IV, no 54.

¹²² A. Marchand, *L'embargo... op. cit.*, Note (13)

¹²³ A. Marchand, « L'embargo », *op. cit.*, pp. 200-203.

69. Ensuite, la faculté d'appliquer la loi d'embargo dépend de la volonté des parties, à recourir à des clauses contractuelles. Afin de prévoir le risque, nombre d'opérateurs ont inséré dans leurs contrats, ou conditions générales de vente des clauses contractuelles offrant divers motifs contractuels (limitation de responsabilité, non-exécution, résiliation) pour s'exonérer des régimes qui leur sont applicables¹²⁴. Cette « contractualisation du risque » n'est pas sans risque eu égard aux lois nationales de blocage. Toujours est-il que les tribunaux, confrontés à ces clauses, sont en mesure d'appliquer la loi étrangère d'embargo telle qu'insérée au contrat. Par exemple, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a accueilli la demande d'une banque luxembourgeoise qui se prévalait d'une clause de ses conditions générales pour refuser un transfert de fonds ordonné par une banque iranienne à une banque luxembourgeoise¹²⁵. La clause était rédigée en ce sens : « [The Bank] is not obligated to execute an instruction of a Customer if [the Bank] believes that to do so will or may contravene any law or regulation, any relevant market practice or the Bank's general business practice ». Ce qui est remarquable, c'est que le tribunal a interprété « any law or regulation » non pas du seul point de vue du for (loi luxembourgeoise), mais du point de vue international dans lequel les opérations de la banque se déroulent, et donc de se référer à toutes lois pouvant concerner les opérations visées. Partant, le tribunal luxembourgeois a jugé « qu'il résulte de l'analyse de la loi américaine précitée que [la Banque] n'est pas seulement dans l'hypothèse dans laquelle l'exécution de la transaction peut contrevenir à la loi des États-Unis, mais qu'elle s'expose à des sanctions draconiennes ». De même, le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt rendu le 6 août 2021¹²⁶ a confirmé la possibilité de la banque de se prévaloir de ses conditions générales pour refuser d'exécuter une transaction du fait de l'embargo secondaire américain.

70. La prise en considération¹²⁷. Elle ne suppose pas de remettre en cause la loi choisie par les parties qui serait l'application pure et simple de la loi de police, mais invite le juge à prendre en considération la loi d'embargo, selon deux possibilités : au titre de la force majeure, ou au titre de la nullité¹²⁸.

¹²⁴ L. D'Avout, S. Bollée, *Droit du commerce international*. D. 2015, p. 2031.

¹²⁵ Trib. arr. Luxembourg, 11 juin 2014, no 1553/2014 (II), cité par P. Kinsch « L'incidence... », *op. cit.*, Note (11), p. 58.

¹²⁶ T. Fed. 16 août 2021, Arrêt (4A_659/2020).

¹²⁷ Sur l'élucidation de ce concept, V. A. Marchand, *L'embargo... op. cit.*, Note (13), « la prise en considération est une technique qui se situe selon certains auteurs à mi-chemin entre le dogme de l'inapplicabilité qu'elle atténue et l'application pure et simple de la norme impérative étrangère. Elle présente l'avantage de satisfaire les exigences de la loi impérative sans remettre en cause le caractère exclusif de la loi choisie », pp. 225-226 ; E. Fohrer-Dederwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDG, 2008 ; D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance – Recherche sur le pluralisme juridique*, Thèse, Paris I, 2002.

¹²⁸ P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994.

La force majeure. Pour rappel, la force majeure est exonératoire si elle rend impossible l'exécution du contrat, lorsque la contrainte est cumulativement extérieure, imprévisible et irrésistible. En conséquence, le fait du prince étranger tel qu'une loi d'embargo est un cas de force majeure, certes, mais un cas de force majeure quelque peu particulier, qui peut ne pas relever d'une impossibilité matérielle d'exécution. Les autorités judiciaires peuvent ainsi apprécier l'impossibilité pour le débiteur de se procurer des marchandises ou de choisir un employé d'une autre société. Ainsi, dans l'arrêt *Fruehauf*¹²⁹, un administrateur provisoire a été désigné pour la filiale française d'une société américaine afin de faire exécuter des contrats à destination d'un pays tiers nonobstant l'interdiction pour les dirigeants américains de la filiale résultant d'un embargo décrété par leur État national à l'encontre de ce pays¹³⁰. Pour être exonératoire, l'embargo doit donc répondre à la définition par le droit applicable pour y être assimilé. Ces questions sont appréciées strictement, les tribunaux appréciant « l'effectivité de la norme étrangère quant au rapport contractuel ». À l'inverse, les juges de l'ordre judiciaire et administratif écartent le fait du prince lorsque la mesure administrative est provoquée par la faute de celui qui s'en prévaut. Dès lors, le débiteur dont les avoirs sont gelés ne peut invoquer la force majeure pour se soustraire au paiement d'intérêts de retard, le gel d'avoir ne constituant pas un cas de force majeure pour celui qui est frappé par cette mesure en raison de ses activités¹³¹. Pour invoquer la force majeure, les personnes soumises au règlement (UE) n° 833/2014 devant rompre leurs engagements contractuels pour invoquer la force majeure.

La nullité. Plus rare dans le cadre des opérations de banque, cette hypothèse vise des violations du droit étranger qui serait considérées comme immorales, tel que les contrats de contrebande. Mais la violation du droit étranger peut également ne pas être considérée comme immorale, selon la conception de l'ordre public du for, qui s'apprécie en fonction de son contenu, mais se rapporte également à sa légitimité. En revanche, les parties peuvent toujours prévoir que la violation d'une loi de police étrangère entraînerait la nullité du contrat pour objet illicite. Mais, l'on ne s'attardera pas sur la question de la nullité, qui n'est pas le cœur de la matière bancaire, d'autant plus que le professeur Pierre Mayer a formulé une critique élogieuse selon laquelle annuler le contrat sur le fondement d'une loi inapplicable relève d'un illogisme¹³².

¹²⁹ CA Paris, 22 mai, 1965, *Fruehauf*, D. 68. 147, JCP 65.II.14274 bis.

¹³⁰ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Tome 8, p. 42.

¹³¹ Ass. plén., 10 juillet 2020, n° 18-18.542 ; 18-21.814.

¹³² P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.* Note (112), pp. 307-309.

71. Les difficultés d'application. Si nous avons vu les réticences du droit international public (supra n°40ss), il nous reste à voir celles du droit international privé, dont on a pu déceler l'attitude coopérative. Si la Convention de Rome, par son article 7 laissait la possibilité au juge la faculté « d'en tenir compte si elles [lois de police étrangère] étaient vraiment effectives »¹³³, l'article 9§3 du Règlement Rome I, invite plutôt à une lecture restrictive. Cette position est notamment due à la jurisprudence anglaise, qui refusait la remise en cause potentielle de contrat régi par le droit anglais du fait de l'invocation de lois de police étrangère que le droit matériel anglais n'aurait pas accepté de prendre en considération¹³⁴. Ainsi qu'on l'a fait observer¹³⁵, il y a un mélange, voire une confusion entre les considérations du droit international privé, et les solutions de droit matériel, peu satisfaisantes. On donnera deux exemples de ces difficultés d'application.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris en 2015¹³⁶. Dans cette affaire, la filiale française d'une société américaine entendait se prévaloir des mesures d'embargo américain pour justifier la résiliation unilatérale et sans préavis du contrat de fourniture de produits médicaux à une entreprise iranienne, la Cour a refusé de donner effet à la réglementation américaine en faisant application des dispositions du règlement Rome I, en ces termes : « en l'espèce, sans avoir à se prononcer sur la qualification de loi de police des dispositions du Code des Réglementations Fédérales, 'CFR', instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran, la Cour ne peut donner d'effet à la loi américaine, qui n'est ni une loi de police française [loi de police du for], ni une loi de police iranienne [loi de police du lieu d'exécution du contrat].

Dans l'ordonnance rendue le 13 mars 2017 par le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère¹³⁷, le litige opposait la banque CIC Lyonnaise qui avait rejeté un virement en provenance d'une société iranienne au profit de sa cliente, une entreprise française, par crainte d'une sanction américaine. L'ordonnance a imposé à la banque de créditer son client, qualifiant les agissements du CIC de trouble manifestement illicite, et en refusant de faire application des conditions générales de la convention de compte. Le juge a en réalité cherché à adapter sa décision à la réglementation américaine, constatant que les transferts financiers ont été levées

¹³³ P. Kinsch « L'incidence... », *op. cit.*, Note (11).

¹³⁴ Voir les références Kahler v. Midland Bank [1950] A.C. 24, International Trustee for the Protection of Bondholders v. R. [1936] 3 All E.R. 407, C.A, Ralli Brothers v. Compañia Naviera Sota y Aznar [1920] 2 K.B. 287, C.A, Foster v. Driscoll [1929] 1 K.B. 470, C.A. et Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co. [1989] Q.B. 728 cité par P. Kinsch in « L'incidence... », *Ibid.* p. 60.

¹³⁵ L. d'Avout, JCP G, 2015, p. 2035 ; P. Kinsch, *Ibid.* p. 64.

¹³⁶ Paris, 25 février 2015, D., 2015, p. 1260, note Winkler et Lacombe.

¹³⁷ Trib. com. de Romans, 13 mars 2017, n° 2017R00019.

dans le cadre des échanges avec l'Union européenne, mais se réfère à l'absence de démarche auprès de l'OFAC, que les virements litigieux étaient en euros, alors que seul les virements en dollars sont susceptibles de risque de condamnation, et que la banque chinoise vers lequel a transité le paiement, n'est pas au nombre des banques concernées par la liste noire dressée par l'OFAC.

Une dernière illustration des difficultés d'application d'une décision d'embargo étrangère peut être mise en lumière dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral suisse¹³⁸. En l'espèce, la juridiction helvétique a considéré que les conditions générales de la banque représentaient une base suffisante pour lui permettre de refuser d'exécuter la transaction, compte tenu du risque de sanctions américaines, tout en écartant le débat sur la directive de la FINMA imposant aux banques de prendre les mesures appropriées pour minimiser et éliminer les risques juridiques et réputationnels dans le cadre de leurs activités transfrontalières. Ainsi qu'invite Hervé Synvet à le faire, il reste à savoir si de telles solutions peuvent se maintenir après la levée de l'embargo¹³⁹.

Section 2 — Les effets de la levée de l'embargo

72. C'est à travers la garantie autonome que l'on envisagera les conséquences de la levée de l'embargo pour la banque. La question qui se pose est de savoir si une garantie émise avant la décision d'embargo, paralysant les relations financières lors de la période de gel, conduit-elle à éteindre la garantie et à la réactiver aussitôt l'embargo levé ? Pour cela, il convient tout d'abord de montrer que l'embargo n'a pas pour effet de prolonger la durée des garanties (*Paragraphe 1*), puis de préciser qu'après la levée de la mesure restrictive, la garantie reste paralysée (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - L'embargo est dépourvu d'effet sur la durée des garanties

73. La garantie autonome. C'est l'exemple type d'un engagement bancaire perturbé par l'embargo. Apparue dans la pratique anglo-saxonne des années 80, cette sureté a été inventée afin de prémunir les importateurs contre les risques d'inexécution ou d'exécution non conforme

¹³⁸ T. Fed. 16 août 2021, Arrêt (4A_659/2020).

¹³⁹ H. Synvet « L'embargo... » *op. cit.*, Note (4), p. 224.

par les exportateurs de leurs obligations¹⁴⁰. La spécificité de cet engagement est son autonomie, vis à vis du contrat principal. Ainsi, le banquier s'engage à payer en première demande, presque sans se soucier du contrat principal ; si bien que l'on a pu dire qu'il s'agissait d'un acte abstrait, détaché de sa cause et dont la validité ne serait pas tributaire de l'existence ou de la licéité d'une cause¹⁴¹. Or l'indépendance de la garantie peut être mise à mal par ce que Madame Aurore Marchand appelle « le droit spécial de l'embargo », qui emporte non seulement la paralysie du contrat principal, mais également le gel de la transaction sous-jacente¹⁴².

74. Thèses concurrentes. Si les banquiers, soucieux de maintenir leur réputation, sont plutôt favorables au maintien de leurs engagements, les donneurs d'ordres quant à eux sont évidemment d'avis contraire, craignant que les garanties ne soient systématiquement appelées par les bénéficiaires après la levée de l'embargo puisque dès lors que l'embargo emporte l'extinction de la garantie, corrélativement, il emporte celui de leurs propres engagements vis-à-vis des banques¹⁴³.

75. Dans le cadre de l'embargo avec l'Irak, qui était multilatéral mais dont l'analyse se révèle néanmoins précieuse pour comprendre le mécanisme, et réaliser que des engagements bancaires peuvent dépendre des objectifs assortis à une mesure d'embargo. Force est de constater que les garanties indépendantes ne sont plus véritablement indépendantes¹⁴⁴. Ainsi l'avalanche de dispositions réglementaires avait interdit toute exécution d'une garantie indépendante contractée au profit de ressortissant irakien¹⁴⁵. Logiquement ces mesures d'embargo caractérisent la force majeure en suspendant l'exécution de la garantie pendant la durée de l'embargo. Néanmoins la force majeure n'a pas d'effet extinctif. La question reste de savoir si au cours de la période d'efficacité des garanties¹⁴⁶, celles-ci peuvent-elles être prorogées, les bénéficiaires cherchant à prolonger la durée initiale de validité de la garantie. Cette technique permet au bénéficiaire via le jeu de la clause « prorogez ou payez » de placer

¹⁴⁰ A. Marchand, « L'embargo... », *op. cit.*, Note (13), p. 343.

¹⁴¹ Sur ces débats, voir P. Simler, *in* JurisClasseur, Fasc. 15, du 20 janvier 2022, pp. 6-10 et les références citées.

¹⁴² *Ibid.*, p. 344.

¹⁴³ H. Synvet, « L'embargo... » *op. cit.*, Note (4), p. 226.

¹⁴⁴ G. Affaki, « Les garanties indépendantes sont-elles encore « indépendantes » ? Leçons de la crise du Golfe, *Banque et droit*, 1994, p. 3.

¹⁴⁵ Voir notamment la loi n°91-716 du 26 juillet 1991, le règlement communautaire n° 3541/92 du 7 décembre 1992 et la résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations unies en date du 3 avril 1991.

¹⁴⁶ Avant que la garantie n'arrive à terme.

le garant, généralement la banque devant l'alternative suivante : soit proroger la durée initiale de la garantie, soit payer. La portée de ses clauses a fait l'objet d'important débat, notamment sur le point de savoir si cette clause est assimilable à une demande d'exécution de la garantie¹⁴⁷.

76. Prohibition de la prorogation des garanties. Il faut observer avec Aurore Marchand qu'« en réalité, les demandes de prorogation font partie du champ d'application *rationae materiae* des sanctions édictées et sont à ce titre également prohibées »¹⁴⁸. Le banquier pourra alors opposer la force majeure au bénéficiaire si ce dernier demande la prorogation, et se verra exonérer de sa responsabilité. Les RUGD de la CCI adoptent cette ligne lorsqu'elles disposent en leur article 13 que « les garants et contre-garants n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter d'une interruption de leurs activités provoquées par des cas de force majeure, émeutes, troubles civils, insurrections, guerre ou toutes autres causes indépendantes de leur volonté ». De même, la Cour de cassation a approuvé le raisonnement de la Cour d'appel selon lequel, faute de levée de l'embargo au cours de la période d'efficacité des garanties, celles-ci devaient être considérées comme définitivement éteintes après expiration du terme convenu¹⁴⁹.

Paragraphe 2. - La paralysie de la garantie autonome après la levée de l'embargo

77. Une fois l'embargo levé, qu'advient-il de la garantie qui serait toujours en vigueur ? On se place ici, dans l'hypothèse qui est toujours effective par le seul effet de relations contractuelles nouées antérieurement au prononcé de l'embargo. Pour éviter l'appel massif des garanties, les législateurs ont prévu une interdiction générale, protégeant ainsi les opérateurs économiques. Or, le problème devient particulièrement aigu dans le cas des chaînes de garanties. Certains auteurs ont ainsi soulevé la divergence entre le droit français et le droit européen sur la dérogation possible à cette interdiction générale, du fait que l'interdiction visait dans le premier cas « pour le compte de », et dans le deuxième « au profit », ce qui pouvait engendrer certaines complexités¹⁵⁰. Cette problématique est toujours vive, ainsi que l'illustre

¹⁴⁷ Pour une présentation de ces différentes thèses, voir H. Synvet « L'embargo... », *op. cit.*, Note (4), p.228-229 ou encore A. Marchand « L'embargo.. », *op. cit.*, Note (13), pp. 369-370.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 370.

¹⁴⁹ . CA Paris, 23 juin 1995 : JCP E 1995, II, 735, note G. Affaki, et, sur pourvoi, Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, n° 95-19.442 : JurisData n° 1998-000823 ; Bull. civ. I, n° 69.

¹⁵⁰ G. Affaki, « Les garanties... », *op. cit.*, Note (145), p. 58 ; H. Synvet « L'embargo... », *op. cit.*, Note (4), pp. 229-230.

un récent arrêt de la Cour de Justice concernant l’embargo Libyen, et l’aléa des restrictions pouvant viser certaines entités¹⁵¹. Ce que l’on peut retenir, c’est que le banquier occidental ne devrait pas subir les conséquences pécuniaires de l’inexécution des contrats, dès lors que les contentieux se tiendront dans les États qui se conforment aux résolutions des Nations-Unies, éloignant ainsi le spectre de l’affaire Air Liquide. où le donneur d’ordre a été exonéré de son obligation de recouvrement envers une banque garante qui avait été contrainte de payer à l’étranger, au motif que l’appel en garantie a été considéré comme abusif en France¹⁵².

78. Conclusion. S’il devait y avoir des difficultés à assimiler scientifiquement la loi d’embargo à une loi de police, l’analyse empirique du phénomène illustre le bien l’intervention directe dans le litige, sans passer par la règle de conflit bilatérale. Les opérateurs ont alors tendance à insérer des clauses contractuelles, ce qui place le juge au centre du raisonnement en vue de leur interprétation. Il est donc possible de voir sa responsabilité contenue, voire déliée en cas de force majeure, ce qui pose la question du risque pour les opérateurs.

Chapitre 2 — Le risque pour les opérateurs

79. Le banquier face au risque. C’est là l’essence de son métier, pour préserver la confiance de ses clients et des institutions. La banque est tout autant une activité surveillée, qu’une institution régulée. Le régulateur lui impose de gérer un nombre croissant de risques : la protection de la clientèle, la lutte contre les abus de marché, la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ainsi que la lutte contre la corruption. Ces objectifs pouvant être largement partagés par les différents États provoquent un risque « maîtrisable ». Cette maîtrise des risques entraîne pour les banques d’importants frais de gestion, pour répondre à cette demande de gestion des risques.

80. La banque, confrontée à une diversité de régulations étatiques ne peut empêcher le conflit d’exigences locales. La question est de savoir comment la banque gère-t-elle ce risque. Aussi, avant d’envisager le risque de non-conformité (**Section 2**), on analysera le risque lié au conflit de mesures restrictives (**Section 1**).

¹⁵¹ CJUE, 3^e ch., 17 janvier 2019, SH c/ TG, aff. C-168/17, ECLI:EU:C:2019:36.

¹⁵² Cass. Com., 6 février 1990, *Bull. civ.* IV, n°33, p. 23, D.

Section 1 — Le risque du conflit de devoirs

81. Face à des régulations de portée universelle, certains États adoptent des lois de blocages visant à empêcher leurs entreprises de se soumettre aux normes étrangères. L'exemple bien connu est le règlement de blocage, adopté le 22 novembre 1996 pour tenter de protéger les entreprises européennes « 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 ». Comme cela était prévisible, en cas de législation non coordonnée, ce règlement a fait naître « une série de problèmes juridiques non résolus jusqu'à ce jour et une variété de problèmes extrêmement pratiques, dont le fait que les sociétés européennes sont confrontées à des dilemmes impossibles »¹⁵³. On présentera tout d'abord ce « dilemme impossible » (*Paragraphe 1*), puis son dénouement (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - Le dilemme cornélien : le choix entre le marteau et l'enclume

82. L'Affaire Banque Melli Iran. Pour illustrer ce dilemme cornélien, on prendra comme point de départ l'arrêt rendu par la Cour de Justice, le 21 décembre 2021 opposant la succursale de la Bank Melli Iran et la société allemande Telekom Deutschland. Le contexte géopolitique instable illustre les risques imprévus par les opérateurs. Ainsi, le retrait des États-Unis de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien et du rétablissement des sanctions secondaires américaines à l'encontre de l'Iran¹⁵⁴ a conduit l'Union européenne à amender le Règlement de blocage, afin d'en modifier l'annexe et y introduire la liste des nouvelles dispositions règlementaires américaines visant l'Iran.

83. Les faits. Suite du retrait en janvier 2016 de la Bank Melli Iran de la liste de sanctions tenue par les États-Unis (SDN List), la succursale allemande de cette banque iranienne conclue un contrat cadre contrats de fourniture de télécommunications avec Deutsche Telecom AG¹⁵⁵. Le 5 novembre 2018, le rétablissement des sanctions américaines a eu pour conséquence de

¹⁵³ CJUE, Gde ch., 21 décembre 2021, Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Rech c/ Telekom Deutschland GmbH, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, conclusions Hogan, ECLI:EU:C:2021:386, pt 5.

¹⁵⁴ Pour une critique de cette sortie unilatérale v. « Le retrait des États-Unis de l'accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée », rapport rendu par le groupe de travail présidé par D. Perben et L. de Gaulle, Le club des juristes, Juillet 2018, p.31.

¹⁵⁵ Arrêt du 21 décembre 2021, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH, C-124/20, EU:C:2021:1035, para. 16-17.

réintégrer la Bank Melli sur la liste de sanctions, dont les avoirs ont été bloqués. Le 16 novembre 2018, Deutsche Telekom notifie à Bank Melli Iran la résiliation avec effet immédiat du contrat cadre¹⁵⁶. Dans le cadre d'une procédure en référé initié par la succursale, le *Landgericht Hamburg* (tribunal régional de Hambourg) a enjoint à Deutsche Telekom, par une décision du 28 novembre 2018, d'exécuter les contrats jusqu'à l'expiration du préavis de résiliation stipulé dans ces contrats. Malgré cette condamnation, la Deutsche Telekom a de nouveau notifié à la succursale la résiliation des contrats dans les meilleurs délais, sans fournir de motivation. La succursale formule alors une nouvelle demande devant le *Landgericht Hamburg* aux fins d'ordonner à Deutsche Telekom de laisser activer toutes les connexions téléphoniques et internet convenues contractuellement, dans la mesure où cette résiliation serait secrètement motivée par la volonté de Deutsche Telekom de se conformer à la réglementation américaine, et d'éviter ainsi les sanctions qu'elle pourrait se voir infliger par les autorités de poursuite, attitude prohibée par l'article 5, alinéa 1 du règlement de blocage. Le rejet de cet argument, considérant que la résiliation est conforme au règlement de blocage, mais condamne Deutsche Telekom à exécuter les contrats jusqu'à l'expiration des délais de résiliation ordinaires. La succursale interjette l'appel de cette décision, au motif de la non-conformité de la résiliation des contrats avec l'article 5 du règlement européen, dans la mesure où cette résiliation aurait été motivée par la seule intention de se mettre en conformité avec les sanctions américaines. Saisi de cet appel, le *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (tribunal régional supérieur de Hambourg) soumet à la CJUE quatre questions préjudicielles portant sur l'interprétation du Règlement de blocage.

84. Le dilemme. Le règlement de blocage interdit ainsi à toute entité européenne de se conformer aux législations extraterritoriales étrangères listées dans son annexe. En particulier, l'article 5 alinéa 1^{er} précise qu'« aucune personne visée à l'article 11 ne se conforme, directement ou par filiale ou intermédiaire interposé, activement ou par omission délibérée, aux prescriptions ou interdictions, y compris les sommations de juridictions étrangères, fondées directement ou indirectement sur les lois citées en annexe ou sur les actions fondées sur elles ou en découlant. Si l'objectif de protection est louable et produit dans certain cas une efficacité réelle¹⁵⁷, la traduction pratique et technique est éminemment plus complexe et place les

¹⁵⁶ *Ibid.*, para. 20.

¹⁵⁷ G. Affaki illustre cette efficacité par l'Ordonnance fédérale allemande sur le commerce extérieur (Außenwirtschaftsverordnung - AWV) qui interdit à l'article 7 toute application des mesures restrictives

entreprises entre le marteau américain et l'enclume européenne¹⁵⁸. Du point de vue de l'opérateur se pose la question de se conformer à la réglementation américaine et, par conséquent, violer le règlement de blocage, ou respecter le règlement de blocage et risquer de se voir refuser l'accès au marché américain.

85. La lecture rigide. Proposée par l'avocat général Gerard Hogan, la lecture rigide du règlement commande une lecture stricte, au service de l'objectif du règlement¹⁵⁹. Tout d'abord, il invite la Cour à considérer le risque de sanctions assez largement, dans leur manifestation primaire et secondaire, en dehors de toute injonction particulière, puisque même en l'absence d'injonction personnelle, une entité européenne peut vouloir se conformer aux sanctions américaines par anticipation. Cette approche n'est pas sans rappeler la décision rendue par les juridictions anglaises qui avaient suivi le même raisonnement jugeant que clause sanction insérée dans un contrat de crédit pouvait s'étendre au cas créé par le risque de sanctions secondaires de l'UFSA¹⁶⁰. La Cour y fut sensible et à l'appui d'un raisonnement par l'absurde, jugea dans au point 51 que l'interdiction de se conformer aux sanctions secondaires vaut « même en l'absence d'instruction des autorités administratives ou judiciaires des pays tiers qui ont adopté ces lois et visant à en assurer le respect ». Ensuite, l'avocat général considère qu'une entité européenne souhaitant résilier un contrat valablement conclu avec une entité sous sanctions américaines devrait être en mesure de motiver sa décision, quand bien même cette motivation ne serait pas exigée par sa législation nationale. La Cour adopta partiellement ce raisonnement en n'imposant pas de motivation à l'entité souhaitant résilier son contrat, mais lorsqu'il apparaît *prima facie* à la juridiction étatique qu'un opérateur s'est conformé à des sanctions, il incombe à ce dernier de rapporter la preuve du contraire. Enfin, et ce point sera particulièrement développé, l'avocat général a plaidé en faveur du maintien de la relation contractuelle invitant l'entreprise à recourir à d'autres règles de conformité. Cette invitation à prendre en considération d'autres régimes de conformité (comme la RSE) montre le nouveau

étrangères, en les assimilant au délit de boycott. Elle permet aux banques allemandes d'échapper aux pressions dans des syndicats internationaux pour se conformer aux embargos unilatéraux américains, contrairement aux banques françaises, *in* G. Affaki obs. sous High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others, 12 octobre 2018, [2018] EWHC 2643 (Comm), Teare J., *CDBFI*, 2022.

¹⁵⁸ V. notamment J-G. de Tocqueville, N. Brice et D. Aumain, « Règlement européen de blocage : les entreprises européennes entre le marteau et l'enclume. À propos des conclusions de l'avocat général G. Hogan, 12 mai 2021, aff. C-124/20, Bank Melli Iran contre Telekom Deutschland GmbH », *JCP G* n° 47, 1250.

¹⁵⁹ Conclusions de l'avocat général du 12 mai 2021, Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH, C-124/20.

¹⁶⁰ Lamesa Investments Limited c/ Cynergy Bank Limited [2019] EWHC 1877 (Comm), Pelling J.

cadre dans lequel doivent évoluer les opérateurs et les conflits entre différentes exigences de conformité, et la gestion de ces différents risques de non-conformité, qui sont irréductibles. Surtout elle permet de poser la question de la conformité, qui du point de vue de l'opérateur bancaire suscite à raison, nombre de dilemmes¹⁶¹.

Paragraphe 2. - Le dénouement : la considération économique

86. Le principe général de proportionnalité. La Cour en indiquant « en l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union dans le domaine des sanctions applicables, les États membres demeurent compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées », semble regretter ce manque d'uniformisation, rappelant la lettre de mission de la Présidente de la Commission européenne évoquée dans le premier chapitre de cette étude¹⁶². Aussi, la Cour rappelle que si les États membres sont libres de définir les sanctions adaptées, c'est sous réserve d'un principe général de proportionnalité. Dans le cas d'espèce, c'est la liberté d'entreprise qui doit faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité¹⁶³. La Cour, après avoir établi cette prémisse, propose une directive : les juges nationaux doivent mettre en balance la poursuite des objectifs du Règlement avec la « probabilité que Telekom soit exposée à des pertes économiques ainsi que l'ampleur de celles-ci au cas où cette entreprise ne pourrait mettre fin à ses relations commerciales avec une personne figurant sur la liste SDN »¹⁶⁴. Ainsi, pour éviter que le dilemme ne soit insoluble, la Cour tente de donner une piste de réflexion mettant en balance la probabilité des pertes économiques et ses ampleurs. C'est donc la considération économique qui devrait servir de boussole au juge national pour apprécier l'exigence de conformité. Or cette considération théorique peut laisser des difficultés pratiques quant à son appréciation. La Cour évite ainsi de prendre une position trop politique dans un contexte d'un retour à l'unilatéralisme, et « délègue » cette charge aux juges nationaux, alors même qu'elle a constaté le manque d'uniformisation sur cette question. On peut regretter par ailleurs que la Cour n'est pas dégagée

¹⁶¹ Voir en ce sens la publication du Financial Markets Law Committee, « U.S. Sanctions and the E.U. Blocking Regulation: Issues of Legal Uncertainty », juin 2019, para. 3.1-3.8, cité par G. Affaki *in* La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales, *Revue Banque* n°201.

¹⁶² U. Von Der Leyen « Mission letter addressed to Mairead McGuinness » 13 sept. 2020 p. 5.

¹⁶³ Elle doit « d'une part être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société, et d'autre part être mise en balance avec les autres intérêts protégés par l'ordre juridique de l'Union » point 80 de la décision.

¹⁶⁴ La Cour semble également prendre en considération le fait que l'entité européenne « n'a pas introduit de recours auprès de la Commission une demande de dérogation ». Pour G. Affaki, cette solution n'apparaît pas convaincante dans la mesure où l'obtention d'une compensation est hasardeuse est difficile à évaluer. « La CJUE interprète l'arsenal européen anti-sanctions extraterritoriales ». *Revue Banque & Droit* 2022,.

une règle de conflit de lois permettant de résoudre de conflit, mais une approche plus américaine, pragmatique et donc plus incertaine en appréciant la situation au cas par cas, au regard de la considération économique.

87. Les difficultés d’apprécier la proportionnalité. On a pu mesurer combien les amendes infligées par les autorités de poursuites sont importantes (près de 9 milliards pour BNP Paribas). Serait-il donc possible pour les entreprises d’invoquer ces condamnations pour se conformer aux mesures américaines ? L’entreprise se révèle difficile. Tout d’abord, les sommes infligées, sur lesquelles on apportera une vive critique dans la seconde partie de cette étude, correspondent en réalité à la contre-valeur des sommes ayant transité par le système américain. Ensuite, ces sanctions sont appliquées à des banques, il n’est pas sûr que le raisonnement puisse être transposé à des opérateurs télécoms. En même temps, on connaît la créativité des autorités de poursuites, qui pourraient retenir les sommes gagnées par les opérateurs bancaires du fait de la fourniture de moyens de communication, dont la Cour relève à propos de la Bank Melli Iran que « sans ces services, BMI ne peut pas participer aux relations commerciales à travers son établissement situé en Allemagne. De plus faut-il prendre en compte les sanctions liées aux mesures primaires ou secondaires ? On sait que les autorités américaines défendent l’application de mesures primaires dès lors qu’un paiement en dollar implique une compensation sur le marché financier américain auquel les opérateurs bancaires étrangers accèdent par le biais de leurs correspondants américains. Enfin, ainsi que le font observer Georges Affaki et le groupe de travail du Comité britannique Financial Markets Law Committee, on ignore tout concernant l’interprétation de la formule « se conformer », utilisée à l’article 5, alinéa 1er du Règlement¹⁶⁵. Pour ce qui concerne les opérateurs bancaires se pose la question de savoir comment apprécier ce risque de non-conformité, qui génèrent d’importants risques juridiques et de réputation pour les établissements concernés. On ne peut que souhaiter une clarification de ce Règlement dans le projet de révision du Règlement annoncé par la Commission européenne, dont les propositions devraient voir le jour au cours du deuxième trimestre de l’année 2022.

¹⁶⁵ Voir la Publication du Financial Markets Law Committee, « U.S. Sanctions... », *op. cit.* Note (162),.

Section 2 — Le risque de non-conformité

88. Parmi les défis majeurs auxquels les banques sont confrontées, la montée des exigences de conformité figure en bonne place. Rien de nouveau puisque le respect des règles et des normes propres à une activité économique est depuis très longtemps une nécessité pour toute banque voulant conserver la confiance de ses clients et respecter le cadre légal et réglementaire qui s'impose à elle. Ce qui a changé au cours des dernières décennies est le degré toujours plus précis et ambitieux des exigences de conformité fixées par les diverses autorités compétentes, la multiplication des sujets couverts, la possibilité d'une intervention simultanée d'autorités de différentes nationalités pour une même banque, et l'aggravation spectaculaire des sanctions encourues en cas de problèmes graves constatés, avec en particulier un recours accru aux sanctions pénales, s'ajoutant souvent aux sanctions administratives¹⁶⁶. On raisonnera du plus clair au plus obscur, prenant comme exemple de départ le modèle suisse (**Paragraphe 1**), puis en envisageant la position française (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - La clarté suisse

89. **Présentation du contexte.** À titre général, il faut préciser que la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne prévoit dans son article 3 (2) (c), que « les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable »¹⁶⁷. C'est à ce titre que l'autorité de contrôle suisse, la FINMA¹⁶⁸, apprécie le risque de non-conformité. En 2010, dans son rapport annuel, elle analyse finement que « les risques juridiques et de réputation qui, dans les activités transfrontières, peuvent résulter de violations ou de contournements de prescriptions étrangères se sont notablement accrus ces dernières années. Cela tient moins à un renforcement des réglementations étrangères qu'à leur application plus stricte et systématique. De plus, les méthodes des autorités étrangères en matière d'administration de la preuve ont évolué »¹⁶⁹. Dès lors, dans le cadre de ses activités monde, la banque peut s'exposer à un risque de non-

¹⁶⁶ Voir en ce sens l'étude du Rapport annuel de la Commission bancaire - 2003 publié par l'ACPR. URL : <https://acpr.banque-france.fr/Rapport-annuel/>. Consulté le 20 février 2022.

¹⁶⁷ Article 3 (2) (c) de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.

¹⁶⁸ Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers

¹⁶⁹ Rapport annuel 2010 de la FINMA, p. 40. URL : <https://www.finma.ch/dokumentencenter/rechts-reputationsrisiken-grenzueberschr-geschaefte.pdf>. Consulté le 10 mai 2022.

conformité avec certaines exigences locales. Si ces conflits ont été longuement développés, la question reste entière quant au point de savoir si une banque, au titre de ses obligations légales interne, doit maîtriser le risque de non-conformité (risque juridique et atteinte à sa réputation) par rapport au droit étranger, notamment aux législations relatives aux embargos. C'est l'objet de la « Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières »¹⁷⁰.

90. L'évaluation des risques juridiques étrangers au regard du droit suisse. Dans cette publication, d'une grande richesse, la FINMA analyse le sujet qui nous intéresse particulièrement, c'est-à-dire l'embargo comme « une norme de droit économique ». Il faut selon l'autorité de régulation « accorder à ce type d'approches universelles et à ces concepts toute l'attention requise »¹⁷¹. Si la loi du 22 juin 2007 ne prévoit ni directement ni explicitent une obligation pour les assujettis de respecter le droit étranger¹⁷², une telle obligation existe en matière d'assurance. Dès lors, la FINMA semble généraliser ce raisonnement à tout secteur. En particulier, elle fixe deux attentes en matière de conformité : Premièrement, c'est une analyse approfondie des risques, invitant « les banques, (...) à vérifier si, en raison de leur activité commerciale, [elles] sont exposées en matière de risques juridiques et de réputations US et UE au point que le respect des prescriptions d'embargo des Etats-Unis et de l'Union européenne s'impose pour eux »¹⁷³. De ce point de vue, deux choses sont remarquables. La première, c'est que la FINMA prend soin de préciser que certains risques sont la conséquence d'une transposition d'une résolution de l'ONU du 9 juin 2010, qui au regard du droit international public, la dépasse largement¹⁷⁴. La deuxième, ce sont les conséquences pour les assujettis, à savoir l'accroissement de ces risques. Il y a une conscience, dès 2010 non seulement du droit étranger, mais de son régime de sanction. Deuxièmement, ce sont les mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques. La FINMA vise des mesures de conformité internes à la banque. Elle semble attendre de la banque un engagement unilatéral, s'il fait défaut, la banque

¹⁷⁰ Position de la FINMA Risques juridiques, 22 octobre 2010. URL : <https://www.finma.ch/reputationsrisiken>. Consulté le 10 mai 2022.

¹⁷¹ *Ibid.*, § 2.6, p. 12.

¹⁷² Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1)

¹⁷³ Communication FINMA 15 (2010) Risques liés aux relations commerciales avec l'Iran, 18 octobre 2010. URL : <https://www.finma.ch/finma-mitteilung-15>.

¹⁷⁴ « Suite à la résolution de l'ONU, l'Union européenne (UE) et les Etats-Unis ont également renforcé leurs sanctions à l'encontre du régime iranien. Toutefois, les deux ont largement dépassé dans leur transposition les dispositions impératives de la résolution de l'ONU au regard du droit international public ». La FINMA visait-elle l'illégalité ?

sera sanctionnée. Ainsi, une fois cet engagement adopté par la banque, la FINMA peut s'en servir pour fonder son action en manquement. Autrement dit, elle va créer les conditions de maîtrise des risques non pas du point de vue étranger, mais du point de vue interne, qui prend en compte le droit étranger¹⁷⁵.

91. Exemple de BNPP Suisse. On a vu précédemment les différentes structures de paiement utilisé par BNPP pour contourner les embargos américains. L'utilisation de la filiale suisse de BNPP a permis de mettre à jour les techniques de contournement employées. La FINMA a mené une procédure *d'enforcement* afin de déterminer si BNPP Suisse avait manqué à ses obligations d'identification, de limitation et de surveillance des risques, enfreignant de ce fait le droit de la surveillance¹⁷⁶. Si l'autorité suisse n'a trouvé aucun indice de violations de sanctions suisses, elle a cependant estimé que « la banque s'est ainsi exposée à des risques juridiques et de réputation excessivement élevée et a de ce fait enfreint, selon le droit suisse de la surveillance, l'exigence de disposer d'une organisation adéquate ». Force est de constater que côté français, la société mère BNPP n'a pas fait l'objet de la même procédure en France.

Paragraphe 2. - L'ambivalence française

92. En France, le contrôle interne est régi par l'arrêté du 3 novembre 2014, abrogeant le règlement n°97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne¹⁷⁷. Ces dispositions fournissent une bonne illustration de la spécificité du défi de la conformité pour les établissements bancaires soumis au contrôle de l'ACPR. Le décret précise la définition du risque de non-conformité dans son article 10 p) en des termes qui méritent d'être reproduits : « Risque de non-conformité : le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, nationales ou européennes directement applicables, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions des dirigeants effectifs prises notamment en application des orientations de l'organe de surveillance ».

¹⁷⁵ Il faut préciser que la FINMA incite plus qu'elle n'impose. Ce qui compte, c'est la réduction du risque, ainsi elle prend acte de ce que certains établissements renoncent à certaines prestations avec des nationaux américains.

¹⁷⁶ Communiqué de presse FINMA « Gestion inadéquate des risques dans le cadre des sanctions américaines : la FINMA clôt la procédure à l'encontre de BNP Paribas (Suisse) SA », 1er juillet 2014. URL : <https://www.finma.ch/bnp-paribas-suisse.pdf>.

¹⁷⁷ Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

93. Contrairement au droit suisse, le droit français n'apprécie l'obligation de conformité qu'au regard des dispositions directement applicables. Les législations étrangères n'étant pas directement applicables et n'étant pas listées comme un risque, les banques ne seraient donc pas dans l'obligation de se conformer aux législations d'États tiers. Et ce, d'autant plus que la France est un état membre, et même un état fondateur de l'Union européenne qui entend précisément lutter contre l'effet jugé extraterritorial des législations édictées par des certains pays. De plus, le principe de sécurité juridique commande que les opérateurs français respectent les dispositions leur étant directement applicables en matière d'embargo, et plus largement de sanction. Cette lecture un peu illusoire semble pourtant être confirmée par la position de la DG Trésor, qui indique dans son guide de bonne conduite relatif à la mise en œuvre des sanctions économiques et financières¹⁷⁸, que l'opérateur qui se conformerait (le guide emploie « soumission ») à une législation non exigé par sa propre législation qui amènerait cet opérateur à pratiquer un « boycott » (on notera l'assimilation entre l'embargo au boycott) pourrait engager sa responsabilité pénale au regard des articles 225-1 et 2 du Code pénal. Pourtant dans l'ordonnance rendue le Tribunal de Romans-sur-Isère précitée¹⁷⁹, cette même Direction du Trésor a exigé du CIC -qui avait rejeté un virement en provenance d'une société iranienne au profit d'une entreprise française par crainte d'une sanction américaine, que cette entreprise réclame un virement venant d'une banque autre qu'iranienne (chinoise)¹⁸⁰. Ainsi, la première lecture qui paraissait illusoire, apparaît désormais contradictoire.

94. En conclusion comment imaginer un groupe bancaire mondial, qui en ne conformant pas la législation américaine risquerait outre une amende faisant craindre des risques insolvabilité, la perte de sa licence bancaire, et l'atteinte mondiale à sa réputation en affichant aux yeux du monde sa culpabilité ? Le génie de Savigny était d'avoir soustrait au conflit de lois, toute considération de souveraineté, permettant un règlement des litiges privés selon une règle abstraite, neutre et rigide. Or, le retour des considérations de souveraineté transforme le problème du droit en rapport de force ; ce que la sanction de la violation de l'embargo illustre parfaitement.

*
* *

¹⁷⁸ DG Trésor, « GUIDE DE BONNE CONDUITE / FOIRE AUX QUESTIONS relatifs à la mise en œuvre des sanctions économiques et financières », version du 1er septembre 2014 - V3, p. 47.

¹⁷⁹ T. com. Romans, 13 mars 2017, n° 2017R00019.

¹⁸⁰ P. Dehghani, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », in R. Bismuth (ss dir.), Regards croisés sur l'extraterritorialité du droit, *Cah. de droit de l'entreprise* n° 4, 2018, p. 24.

PARTIE III - LA BANQUE ET LA SANCTION D'EMBARGO

95. Dans cette étude sur la banque et l'embargo, il fallait partir d'une approche conflictuelle et observer les mouvements parfois contraires des différents droits nationaux à laquelle la banque peut être soumise. On aura compris que la gestion du risque, en particulier l'absorption des conflits de lois est primordiale pour la banque. Si ce conflit est irrémédiable, la sanction l'est tout autant. Tandis que le premier risque (conflictuel) est résorbable, par l'insertion de clauses contractuelles ou encore par la compréhension plus fine de l'incidence de la norme étrangère sur les opérations bancaires via la technique des conflits de lois, le deuxième risque (régulatoire) paraît incompressible dans la mesure où « le droit néo-libéral, abandonnant l'entreprise à ses libertés lui envoie des signaux, des incitations au comportement conforme à l'intérêt général sans que celui-ci soit nécessairement figé dans une règle de conduite parfaitement établie »¹⁸¹, et au besoin il la sanctionne selon le schéma de la carotte et du bâton. Il s'agit d'un autre risque, que les banques doivent anticiper. Partant, il faut se demander avec Michel Foucault, s'il ne s'agit pas là d'un tournant dans la pratique gouvernementale, une « gouvernamentalité »¹⁸², dont il conviendrait d'analyser l'ampleur.

96. L'étude de la sanction de l'embargo s'attachera donc à montrer la nouvelle optique de la régulation. La définition de régulation n'est pas aisée, et elle renvoie souvent à la réglementation. Or, la régulation désigne une autre forme de rapport au droit : c'est l'application du droit moyennant une marge de manœuvre. Pour illustrer ce phénomène, on pourrait dire que l'impérativité de la norme est sous certains aspects, conduite par les autorités de régulation, ce qui induit une désacralisation du pouvoir, et entraîne une extension du droit ; le droit veut guider les conduites par la voie incitative, et contractuelle¹⁸³. Ainsi, cette organisation d'une pénalité transactionnelle n'est pas simplement récente ; elle est énigmatique. Il est possible d'en identifier l'origine en partant du dialogue imposé par les autorités (**Chapitre 1**), puis mesurer son ampleur en analysant la négociation de la sanction par les banques (**Chapitre 2**).

¹⁸¹ L. d'Avout, « L'entreprise... », *op. cit.*, Note (18), p. 90.

¹⁸² À propos de la définition de gouvernamentalité, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber retiennent qu'il s'agit de « la méthode de gouvernement par opposition à l'idéologie qui est son discours explicite. Elle renvoie au projet implicite, à la cohérence de l'ensemble et à la raison sur laquelle s'appuient les règles de droit », A. Garapon et P. Servan-Schreiber, « Un changement de paradigme », *Deals de justice op. cit.*, Note (34), p. 12.

¹⁸³ Pour une narration de cette évolution, voir. P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in Ch-A. Morand *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991.

Chapitre 1 — Un dialogue imposé par les autorités

97. On a vu toute la créativité ayant permis aux autorités américaines de condamner BNP Paribas en se fondant sur une connexité territoriale, prenant en compte les compensations réalisées sur le territoire américain. Le schéma de financement décrit dans le *statement of facts* a pu être mis à jour par la lecture des documents internes à la banque, alors même qu'elle se refusait à coopérer avec les autorités. Les autorités ont donc dû imposer un dialogue à la banque, à travers divers dispositifs ayant pour matrice commune un élément psychologique déterminant : la contrainte. Aussi, convient-il de comprendre ce dispositif de la contrainte permettant de déceler l'obligation de coopérer avec les autorités publiques (**Section 1**). Puis, il convient d'envisager l'étendue de la coopération, au regard des autorités privées (**Section 2**).

Section 1 — L'obligation de coopération avec les autorités publiques

98. Dans le modèle américain, la sanction est au service de l'effectivité de la régulation ; elle n'est pas comme dans le modèle français rousseauiste une exception à la liberté, mais un moyen de s'assurer de l'obéissance mondialisée des entreprises. Si cette obéissance fait aujourd'hui l'objet d'une concurrence, il n'allait pas évident qu'une banque française veuille coopérer avec une autorité étrangère alors même qu'elle n'a pas de présence effective sur le territoire étranger, et n'est pas soumise à la loi étrangère. Pour bien comprendre cette obligation de coopération, rappelons tout d'abord son fondement (*Paragraphe 1*) puis d'envisager ses limites (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. - Le fondement de la coopération

99. Dans le système classique, le législateur vote la loi, le juge l'interprète, ordonne son application et le justiciable s'y conforme¹⁸⁴. Ce système de répression a laissé place, sous l'influence américaine à un système nouveau, fondé sur la coopération ; la sanction ne répond plus à une fonction punitive, mais incitative, elle devient un levier pour forcer la coopération entre le régulateur et le régulé, peu importe la localisation du régulé. La nouveauté tient en ce que « la menace n'est pas destinée à rapatrier sous l'autorité du droit américain, mais à transiger,

¹⁸⁴ A. Garapon, « Une justice « très » économique », *Deals de justice, op. cit.*, Note (34) p. 107.

c'est-à-dire à rester hors du droit »¹⁸⁵. Pour bien comprendre cette nouveauté¹⁸⁶, on partira -une fois n'est pas coutume, du point de vue de la banque.

100. Le risque réputationnel. Les risques de condamnation font partie des risques juridiques et des risques de conformité auxquels la banque à l'obligation de faire face, plus précisément d'éviter. Ainsi, le non-respect des règles relevant pour l'essentiel de l'ordre public d'un État, et entraînant la condamnation de la banque peut entraîner la responsabilité du banquier dans son État d'origine¹⁸⁷. Les autorités régulatrices utilisent ce risque « réputationnel » pour imposer un dialogue, et forcer la coopération, c'est la « justice comme menace »¹⁸⁸. En incitant à la banque à venir dialoguer afin de parvenir un accord négocié, l'autorité brandit la menace d'un procès public¹⁸⁹ long, hasardeux, échappant à la maîtrise de la banque. Si l'incitation n'aboutit pas, la menace de sanction administrative, comme la suspension immédiate de la licence bancaire est tout aussi efficace. *In fine*, il faut observer avec Antoine Garapond que « la sanction réelle qui motive ces transactions avec les agences de régulation est la mise à l'écart du marché »¹⁹⁰, soit par réputation, soit par éviction administrative. À cet égard, la fusion des pouvoirs d'enquête et de sanction a d'ailleurs pu créer de sérieuses difficultés¹⁹¹. En définitive on adresse à la banque un choix rationnel, celui de venir négocier et de rapporter elle-même les preuves de son méfait ou subir la répression pénale classique ; la banque poursuivie est donc contrainte par la sauvegarde de sa réputation mondiale. La pratique américaine, désormais largement rependue montre que les banques et les personnes morales plus généralement font le choix de la négociation et de la coopération, plutôt que de la répression. Encore faut-il que l'autorité étrangère soit compétente. Or l'entrée en action d'une autorité de régulation dans une affaire qui dépasse les limites de ses frontières internes soulève au moins deux séries de questionnements, relatifs à la compétence et la loi applicable.

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 108.

¹⁸⁶ Le Professeur Louis d'Avout parle d'extraterritorialité régulatoire, fusion des extraterritorialité normative et décisionnelle. Sur cet aspect, v. L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit... », *op. cit.*, Note (1), p. 1878.

¹⁸⁷ J. Lasserre Capdeville, « La banque face au risque de condamnation », *JCP G* n° 39, 22 sept. 2014, 976, p. 1691.

¹⁸⁸ F. Gros, « Coopérer contre soi-même », *op. cit.*, Note (34) p. 156.

¹⁸⁹ Qui, s'ils sont filmés peuvent conduire aux pires dérives réputationnelles. Pour un exemple récent concernant des personnes physiques, voir le traitement médiatique de l'actrice américaine Amber Heard. Étant précisé que lors de ce procès était également en jeu une question réputationnelle.

¹⁹⁰ A. Garapond, « Une justice « très » économique », *Deals de justice*, *op. cit.*, Note (34), p. 112.

¹⁹¹ Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, *Société Novaxia développement et autres*.

101. La problématique de la compétence. Si en droit privé le juge peut faire application du droit étranger, cet esprit de coopération internationale a du mal à s'exporter en droit public¹⁹². Dans le système savignien classique, les lois publiques sont exorbitantes, et non fongibles, contrairement aux lois privées, fongibles et interchangeable. Ainsi, lorsque le juge civil doit faire application du droit étranger, un élément de complexité supplémentaire intervient, qui est différent de la question de la loi de police. En voici une illustration. À la suite de l'arrêt *République du Guatemala*¹⁹³, la justice civile française considère comme irrecevable la demande d'un État étranger fondée sur son droit public étranger selon un attendu très précis : « Mais attendu qu'il résulte des principes de droit international régissant les relations entre États que, dans la mesure où du point de vue de la loi du for, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique, les demandes d'un État étranger fondées sur des dispositions de droit public ne peuvent être portées devant les juridictions françaises ; que, toutefois, le principe peut être écarté, notamment, si, du point de vue du for, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le justifient ». Cette motivation appelle deux commentaires. Tout d'abord les principes de droit international sont visés, mais en réalité ils sont appréciés selon « la conception du for », c'est donc une position plus nationaliste, qu'internationaliste. Ensuite, l'exception est fondée sur « les exigences de la solidarité internationale », or celle-ci est consacrée par des conventions internationales. Donc, c'est en partant des conventions internationales que l'on détermine l'entrée en action des autorités administratives étrangères¹⁹⁴.

102. S'il existe entre la France et les États-Unis un traité d'entraide judiciaire en matière pénale, mettant notamment à la charge des États une obligation de vérification des informations bancaires puis de transmission de ces informations aux autorités de l'État demandeur, étant précisé que « l'assistance ne peut pas être refusée (...) pour des motifs tenant au respect du secret bancaire »¹⁹⁵. En matière pénale, les informations bancaires peuvent donc circuler d'un État à l'autre ; les entraver constituerait pour l'État une violation de ces

¹⁹² Voir la divergence entre autorités suisse et française (supra n°90 ss).

¹⁹³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 mai 1990, 88-14.687.

¹⁹⁴ Par exemple, l'article VIII, paragraphe 2, b) des status du FMI prévoient que « [l]es contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre », et l'interprétation officielle de préciser que lorsque l'article VIII, paragraphe 2 b) est applicable, l'ordre public du for ne peut être opposé à la prise en considération de la loi étrangère in F. Gianviti, *RCDIP* 1980. 279, spéc. p. 281.

¹⁹⁵ E. n°2010-489, 12 mai 2010, portant publication de l'instrument relatif à l'application du traité d'entraide en matière pénale signé le 10 décembre 1998 entre la France et les États-Unis d'Amérique.

engagements internationaux. Malgré l'existence de ce dispositif, force est de constater que les autorités américaines n'utilisent que très peu les voies de coopération internationale. De façon générale, les autorités américaines ont tendance « à solliciter directement la communication des éléments recherchés par la/les société(s) concernées et, en parallèle, forment une demande d'entraide, ce qui leur permet d'identifier précisément les éléments dont elles ont besoin et de régulariser la procédure »¹⁹⁶. Ce mode d'exercice d'une compétence étatique dans le cadre des embargos est d'autant plus contestable, que dans les autres champs de la pression économique transnationale, on assiste à une coordination des poursuites, à un rapprochement des régulateurs nationaux, un embryon de coopération horizontale.

103. Les précédents en matière de corruption ou en matière financière. La sanction infligée à d'Airbus pour des faits de corruption (condamnation à 3,6 milliards d'euros) est une bonne illustration de la coopération entre le Parquet national financier (PNF) en France, le Serious Fraud Office (SFO) au Royaume-Uni et le Department of Justice (DOJ) aux Etats-Unis¹⁹⁷. De même en matière financière, la directive OPA donne une règle de conflit claire selon laquelle il revient aux autorités de l'État membre du lieu du siège social de la société émettrice de déterminer notamment les règles de calcul des seuils de déclenchement d'une OPA obligatoire. La directive OPA contient ainsi des dispositions spécifiques permettant d'articuler les compétences législatives et réglementaires concurrentes aux fins d'éviter tout doublon ou chevauchement. En matière d'embargo, on sait que l'ACPR a par exemple été associée à la procédure menée contre BNP Paribas. Le problème vient de ce que l'autorité américaine n'utilise pas les voies de la coopération internationale *a priori*, mais *a posteriori*. À aucun moment, l'ACPR n'a été sollicitée selon le traité de coopération qui permet notamment à l'autorité nationale de contrôler la compétence de l'autorité requérante, la base légale de la poursuite, le contrôle de la légalité de la mesure d'instruction au regard du droit de l'autorité requérante, l'existence d'un risque d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de l'État, la confidentialité ou l'utilisation dans d'autres procédures des éléments transmis¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Rapport AN de R. Gauvain « Rétablir la souveraineté... », *op. cit.*, Note (XX), pp. 33-37.

¹⁹⁷ S. Lauer « L'amende de 3,6 milliards d'euros infligée à Airbus, une bonne affaire géopolitique », *Le Monde* du 3 février 2020.

¹⁹⁸ Les Articles 1, 3, 12 b) et 21 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

104. La question de la loi applicable. Une fois la compétence acquise, intervient la question du droit applicable. Tout est en apparence simplifié parce qu'en droit public il y a une jonction du forum et jus absente en droit privé, il n'y a donc pas de difficulté de mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Lorsqu'intervient l'autorité, elle le fait selon son propre droit. En réalité, c'est même du droit applicable dont découle la compétence locale. Pour l'application de ce droit, on renverra à la démonstration concernant l'utilisation du lien territorial justifiant l'application du droit américain (supra n°50 ss).

Paragraphe 2. - Les limites de la coopération

105. Les limites à la coopération sont d'abord imposées par les autorités nationales par des lois de blocages (a). Le juge, garant des droits et des libertés peut également intervenir pour fixer des limites à l'autorité de poursuite qui utiliserait indistinctement pourvois d'enquêtes et pouvoirs de sanctions (b).

a) Les lois de blocage

106. Il a été démontré que la procédure de « discovery », comme la procédure transactionnelle pénale, créent les conditions d'une transmission volontaire par les entreprises des pièces réclamées, y compris lorsque celles-ci se trouvent à l'étranger ; l'obligation de production des éléments de preuve pesant sur les parties ne dépendant en rien du lieu où se situent les pièces sous leur contrôle. Afin d'éviter le transfert massif et incontrôlé des données des entreprises françaises, le législateur a édicté dès 1968 une loi de blocage, révisée en 1980, puis en 2022¹⁹⁹.

107. Cette inflation à la protection témoigne de la préoccupation du législateur de soulager les entreprises de cette coopération forcée. Cela est renforcé par la faible préoccupation des juges étrangers pour la loi de blocage, constatant qu'elle n'était pas appliquée par le régulateur français²⁰⁰ et pratiquant une analyse au cas par cas. Par l'arrêt *Minpeco S.A. v.*

¹⁹⁹ Voir le Décret n° 2022-207 du 18 février 2022 relatif à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

²⁰⁰ Voir l'arrêt US Supreme Court, *Aerospatiale v. US District Court for the Southern district of Iowa*, 482 US 522 (RC 88.559 n.Dyer) qui considère que la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale²⁸ n'interdisait pas à une autorité américaine de continuer à utiliser

*Conticommodity Services Inc.*²⁰¹, relatif à une loi suisse en matière de protection bancaire, les juridictions new-yorkaises ont énuméré quatre facteurs à prendre en compte : les intérêts des pays dont les législations sont en conflit, les difficultés potentielles pour la partie subissant la *discovery*, l'importance du contentieux et des documents requis, et la bonne foi de la partie refusant la transmission. La dernière modification réglementaire vient donc clarifier la procédure de saisine de l'administration pour les entreprises lorsqu'elles font l'objet d'une demande de communication d'information émise par une autorité publique étrangère. En particulier, la remise d'un avis par l'autorité nationale compétente à la suite d'un dépôt de l'entreprise visée est censée renforcer l'opposabilité de la loi de blocage vis-à-vis des juridictions étrangères. L'effet recherché est de faire oublier aux juridictions étrangères l'image léthargique, montrant le soutien ou tout du moins l'activisme des autorités nationales. L'autorité, informée sans délai dispose d'un mois pour rendre un avis sur ce qu'elle peut ou non communiquer à l'étranger. En revanche, le gouvernement a renoncé au projet d'alourdir les sanctions prévues par la loi de blocage. On notera tout de même, et avec intérêt le dispositif prévu à l'article 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêté ministériel²⁰², précisant que le dossier versé par l'entreprise poursuivie doit compter « les principaux concurrents français et étrangers de la société détentrice des documents et renseignements requis ». Est-ce un germe de riposte pour un contentieux international basé sur l'article III du GATT (supra n°46 ss) ? Si on assiste à une volonté réelle de limiter la coopération, force est de constater qu'elle n'a toujours pas transposé, ni pris de mesures afin de permettre la mise en œuvre du règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996.

b) Limites au cumul des fonctions d'instruction et de sanction

108. Historiquement, l'Autorité de Régulation financière cumulait pouvoirs d'enquête et pouvoirs de sanctions. La justification était d'une simplicité séduisante : la personne qui a enquêté connaît le mieux l'affaire et se trouve être la mieux placée pour la juger. Considérant que cette organisation des pouvoirs donnait à voir une impartialité apparente de l'autorité de poursuite, la Cour de cassation, dans un arrêt *Oury* d'assemblée plénière du

ses propres procédures d'obtention des preuves à l'étranger et non nécessairement celles de la Convention, selon une appréciation d'opportunité au cas par cas.

²⁰¹ *Minpeco S.A. v. Conticommodity Services Inc.*, 116 F.R.D. (S.D.N.Y. 1987)

²⁰² Arrêté du 7 mars 2022 relatif à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

5 février 1999 annula la sanction rendue par une autorité qui avait également instruit l'affaire, au visa de l'Article 6.1 de la CEDH consacrant la nécessité de la séparation des fonctions de poursuites et de jugement en matière pénale et administrative²⁰³. Or, au regard des sanctions infligées par les autorités de poursuites dans le cadre de la violation de l'embargo, n'y a-t-il pas précisément un cumul des fonctions de poursuites et de sanctions ? Dans quelle mesure une autorité peut cumuler une sanction pénale et administrative pour réprimer un délit d'entrave ?

109. En France, le cumul des fonctions est régulièrement condamné, de même que le cumul entre la sanction administrative et la sanction pénale. Le récent arrêt du Conseil Constitutionnel en est une parfaite illustration²⁰⁴. En l'espèce, les sociétés requérantes avaient été sanctionnées par la Commission des sanctions de l'AMF pour avoir, en refusant de communiquer leurs grands livres, entravé le bon déroulement de la mission de contrôle²⁰⁵. En effet, l'article L.621-15 du CMF offre à l'AMF le pouvoir de sanctionner une personne qui dans le cadre d'une enquête ou d'un contrôle refus - sous réserve de la préservation d'un secret légalement protégé et opposable à l'AMF - « de communiquer des informations ou de répondre à une convocation, ou refuse de donner accès à des locaux professionnels ». Ce délit d'entrave pouvait faire l'objet par les autorités de poursuite d'une sanction tant pénale qu'administrative. Ce cumul des peines interrogea et la question fut posée au Conseil Constitutionnel le 4 novembre 2021.

110. La question posée au Conseil Constitutionnel était de donc savoir si les faits incriminés étaient suffisamment précis, si la peine était suffisamment proportionnée pour satisfaire le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines et si le dispositif ne visait pas à l'obtention d'aveux, ce qui est contraire au droit, désormais constitutionnel, à ne pas s'auto-incriminer²⁰⁶.

²⁰³ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 5 février 1999, 97-16.440, *Oury*.

²⁰⁴ Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, *Société Novaxia développement et autres*.

²⁰⁵ Portant sur le respect, par une société de gestion appartenant au même groupe, de ses obligations professionnelles et notamment de la gestion des conflits d'intérêts pouvant exister avec les autres sociétés du groupe.

²⁰⁶ Pour être complet, la QPC interrogeait la conformité de ces dispositions au principe de légalité des délits et des peines, au principe de nécessité des incriminations, au principe de proportionnalité des peines, au droit à la protection de la vie privée et au droit de ne pas contribuer à sa propre accusation, d'une part ainsi qu'au principe de nécessité des délits et des peines, d'autre part.

- 111.** Ce qui aurait été l'occasion de préciser en quoi le refus de communiquer des pièces « tend à l'obtention de l'aveu de la personne contrôlée, mais de documents nécessaires à la conduite de l'enquête »²⁰⁷, a en réalité été écarté par les sages, qui dans un bloc de motivation de pure forme, ont écarté les arguments autres que celui du principe de nécessité des délits et des peines écartant du débat le périmètre des contrôles et le champ d'application du manquement d'entrave.
- 112.** Quant à la critique tirée de la méconnaissance du principe de nécessité des délits et des peines, le Conseil juge le dispositif d'une inconstitutionnalité partielle en constatant que le texte avait été modifié depuis son entrée en vigueur, de sorte que les sages n'ont limité leur contrôle qu'à « la rédaction de l'article en cause comprise entre les deux modifications de celui-ci qui enserment le moment où cet article a trouvé à s'appliquer dans le litige à l'origine de la QPC », sans apprécier l'équilibre global du texte. Par conséquent, même si elle est limitée, le juge peut consacrer des limites à l'autorité de poursuite qui utiliserait indistinctement pourvois d'enquêtes et pouvoirs de sanctions.

Section 2 — L'obligation de coopérer avec les autorités privées ?

- 113.** Outre la coopération en matière pénale et administrative, il faut ajouter l'amplification des poursuites par la voie civile. C'est dans le champ du droit de la concurrence qu'on a vu se développer ce type de situation où des personnes privées, généralement organisations non gouvernementales (ONG) ou associations peuvent à la suite d'une condamnation administrative former un recours indemnitaire contre l'entreprise condamnée (action de follow-one). Si l'on transpose cette voie contentieuse dans l'univers des banques et de l'embargo, on pourrait imaginer que des associations françaises engagent un recours contre une banque sur le fondement de sa condamnation pénale ou administrative à l'étranger. Cette configuration n'a rien d'imaginaire puisqu'en 2019, des ONG ont obtenu l'ouverture d'une enquête en France visant BNP Paribas, pour « complicité de crimes contre l'humanité » au Soudan²⁰⁸. Partant, il convient de se demander, en matière civile, dans quelle mesure des associations, dépourvues du pouvoir de sanction, peuvent imposer une obligation de coopération à la banque.

²⁰⁷ Cons. const., 8 juill. 2016, n° 2016-552 QPC, Sté Brenntag, § 12.

²⁰⁸ « Ouverture d'une enquête visant BNP Paribas pour complicité de crimes contre l'humanité au Soudan », Le Monde, 24 septembre 2020.

114. Cas du procès civil intenté aux États-Unis. Par hypothèse, il faut se situer du point de vue d'une association qui voudrait redresser le tort d'une banque en raison des infractions à la législation d'embargo américaine, par une action civile intentée aux États-Unis. La problématique étant la collecte de preuve par l'association via la procédure de *discovery*²⁰⁹. Contrairement à la France où il appartient à chaque partie de prouver les « faits nécessaires au succès de sa prétention »²¹⁰, aux États-Unis, chacun a le devoir de fournir les informations dont il dispose et de coopérer. Le silence étant généralement interprété comme la reconnaissance des faits allégués et le défaut de coopération peut mener le juge saisi à sanctionner ce refus par des sanctions pécuniaires, des sanctions ayant une incidence sur l'issue du litige, ou encore des sanctions sur le fondement du « contempt of court », équivalent de l'outrage à magistrat. Or, dans un litige qui serait par hypothèse international, un pont est créé entre les deux systèmes via la convention de La Haye du 18 mars 1970 qui organise l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale²¹¹. Il est par conséquent possible pour une personne privée de se fonder sur cette convention pour imposer à la banque une coopération forcée, c'est-à-dire la production de preuves. Mais la banque pourrait toujours opposer le secret bancaire.

115. La relativité du secret bancaire. La banque engagée dans un litige pourrait alors opposer aux juridictions américaines différents types de remèdes pour refuser de communiquer ces informations. Si l'on abordera des remèdes effectifs, l'on voudrait ici mentionner un remède qui l'est moins, il s'agit du secret bancaire. En particulier lorsqu'on analyse la jurisprudence française et américaine. Il sera ainsi fait état des difficultés d'opposer le secret bancaire à la de cette jurisprudence. Partant, on peut se demander avec

²⁰⁹ Pour une présentation brève de la *discovery*, voir J. Lasserre Capdeville, « La banque... », *op. cit.*, Note (188), p. 27 (note de bas de page n°33) où il écrit que « le concept de *discovery* désigne en droit américain la phase préalable au procès au cours de laquelle chaque partie (voire un tiers non mis en cause dans l'instance) doit communiquer à l'autre partie tout élément intéressant le règlement du litige, ces éléments pouvant lui être favorables ou défavorables, quelles que soient leur localisation et leur forme. Les éléments requis peuvent notamment inclure des dépositions de témoins, la production de documents, correspondances papier et électroniques, archives et enregistrements de conversations. Le terme *discovery* dans cet article inclut également la procédure de *pre-trial discovery* qui concerne la collecte de preuves avant que l'objet d'un éventuel litige soit précisé. En droit anglais, l'exercice équivalent à la procédure de *discovery* se nomme *disclosure* ».

²¹⁰ Art. 9 Code de procédure civile français

²¹¹ Décret n°75-250 du 9 avr. 1975 portant publication de la convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, ouverte à la signature à La Haye le 18 mars 1970, signée par la France le 24 août 1972 : JO 17 avril 1975 pp. 3980-3985.

Thierry Bonneau si le banquier peut faire obstacle en se fondant sur le secret bancaire à une demande de communication de pièces sollicitées en vue de rechercher sa responsabilité ?²¹²

116. Le secret bancaire frappe la banque, à travers une interdiction générale de communication des informations, sous peine de sanctions²¹³. Il est à la fois le moyen de protection du client et de défense du secret des affaires ; il renforce en tout cas la confiance dans le système bancaire français, c'est une règle d'ordre public²¹⁴. La jurisprudence distingue néanmoins l'hypothèse où la banque est face à son client dans le cadre d'un procès civil lorsque les informations et documents requis concernent sa relation avec celui-ci, auquel cas la banque est déliée de son obligation, de celle où la banque est engagée dans un litige avec un tiers, hypothèse dans laquelle, elle ne peut produire des éléments concernant un de ses clients, sauf à ce que ce dernier autorise la levée le secret bancaire. Pour autant, du côté américain, comme du côté français, « le secret n'est plus opposable au juge civil ».

117. Côté américain tout d'abord, il convient de mentionner deux décisions²¹⁵. La première concerne une demande en réparation formée par des victimes d'attaques terroristes commises en Israël entre 1995 et 2005, et leur famille contre l'Arab Bank – banque établie en Jordanie, ayant des filiales aux États-Unis et dans le monde entier en raison de l'assistance fournie qu'elle fournissait aux terroristes²¹⁶. Il lui a été demandé (à la banque) de fournir plusieurs documents dans la phase du *pre-trial discovery*²¹⁷, ce qu'elle a refusé opposant aux requérants et au juge les lois jordanienne et libanaise sur le secret bancaire.

²¹² Th Bonneau, « Le banquier peut-il faire obstacle, en se fondant sur le secret bancaire à une demande de communication de pièces sollicitées en vue de rechercher sa responsabilité ? », JCP G 2018, 54. Sur cette question voir aussi C. Kleiner « Le secret bancaire opposé par les banques françaises aux injonctions de discovery : du nouveau dans *l'international comity analysis* », *AEDBF France VII*, 2018, pp. 327-338 ; C. Kleiner « Le secret bancaire enfin confronté au droit de la preuve », D. 2018, 603.

²¹³ Article L. 511-33, CMF.

²¹⁴ E. Caradec « Contentieux aux États-Unis : les banques face à la procédure de discovery », *Revue Banque & Droit n°165*, janvier-février 2016, p. 30.

²¹⁵ Cité dans C. Kleiner « Le secret bancaire... », *op. cit.*, Note (204).

²¹⁶ 706 F.3d 92 (2nd Cir. 2013).

²¹⁷ « Dès lors qu'une procédure judiciaire est simplement envisagée, la phase pré-contentieuse (*pre-trial discovery*) permet à chacune des parties d'envoyer directement à l'autre un Request for Production indiquant les caractéristiques, qui peuvent encore être très générales, des documents demandés. Parmi les pièces recherchées peuvent figurer des documents qui vont à l'encontre de la partie devant les produire ; celle-ci y est néanmoins obligée, le principe selon lequel nul n'est tenu de produire contre lui-même n'étant pas connu du droit fédéral américain. Ce n'est que lorsqu'une partie est rétive à produire un document que le juge intervient pour l'enjoindre d'exécuter les demandes de production de preuves par une motion de compel . Le tribunal peut alors sanctionner la partie réticente, notamment en la condamnant à payer les frais d'avocat engagés par l'autre partie pour obtenir cette motion », in C. Kleiner « Le secret bancaire... », *op. cit.*, Note (XX), pp. 329-330.

La Cour d'appel du deuxième circuit, analysant les intérêts étatiques américains²¹⁸, jordaniens et libanais rejeta l'appel formé contre le jugement ayant sanctionné l'Arab Bank pour avoir refusé de fournir les documents. La deuxième concerne l'action intentée par *Gucci America Inc.* contre la *Banque de Chine*²¹⁹ pour actes de contrefaçon sur internet et dissimulation des profits issus des ventes de produits contrefaits. Il était demandé à la banque de fournir de l'assistance dans l'obtention des preuves démontrant le comportement illégal des défendeurs ainsi qu'une demande de gel d'avoir. Or, les demandes visaient la filiale new-yorkaise de la banque et les filiales non américaine., La banque établie et incorporée en Chine était donc un tiers au procès et opposa la loi chinoise protégeant le secret bancaire. Si en première instance, le juge condamna la banque, mais en appel les juridictions infirmèrent le jugement en raison des liens insuffisants (faible présence économique) pour édicter une compétence générale des tribunaux à l'égard de la banque. La question fut renvoyée à une autre formation de première instance pour déterminer s'il existait une compétence spéciale. Faisant jouer la théorie des points de contact, ainsi que le §302 du New York Civil Practice Law et l'utilisation d'une chambre de compensation par une banque correspondante, les juges estimèrent que la banque non-américaine, et non partie à un procès civil aux États-Unis ne pouvait opposer le secret bancaire au juge.

118. Côté français ensuite, le secret bancaire connaît des fissures de plus en plus grandes, hors dispositions législatives. Sous l'auspice de la Cour de cassation premièrement, à travers « rapport de proportionnalité, entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond »²²⁰. Mais surtout sous l'influence de la Cour de justice lorsque celui-ci entre en conflit avec un droit fondamental²²¹. Troisièmement, dans l'arrêt que l'on voulait aborder, c'est sur le terrain du droit à la preuve que la Cour de cassation demande à la cour de renvoi si la production par la banque de relevés bancaires de son client pour la période non litigieuse

²¹⁸ Doctrine de l'international comity analysis.

²¹⁹ *Gucci v. Weixing Li*, 768 F.3d 122 (2d Cir. 2014).

²²⁰ V. Rapp. annuel 2012 : La preuve dans la jurisprudence, p. 329, cité par T. Samin et S. Torck « Pièces pouvant être produites par un établissement de crédit dans le cadre d'une procédure l'opposant à un client », *RDBF* n°6, n° 6, 2018, comm. 152.

²²¹ CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany* ; Th. Bonneau, « Le secret bancaire à l'épreuve de la CJUE », *RDBF*, 2016, repère 4.

est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve. En l'espèce, le client d'une banque alerté par celle-ci sur des retraits en liquide avec utilisation de son code confidentiel fit opposition à ces retraits frauduleux. Or, après avoir constaté que la carte a été utilisée pour des achats du quotidien (achat d'un ticket de métro et de train), s'est refusé à rembourser le client. Devant les juridictions la banque produisit des relevés du client antérieurs aux faits litigieux, la Cour d'appel les écarta au motif qu'ils étaient couverts par le secret bancaire²²². C'est dans ce cadre que l'on se demande si la banque peut produire ces documents.

119. Ainsi, d'un côté de l'océan, la banque ne peut opposer le secret bancaire dans le cadre d'un procès civil, se voit dans l'obligation de coopérer, de fournir des preuves, même si elle est tierce à ce procès, tandis que de l'autre côté la banque doit justifier de la pertinence de lever le secret bancaire pour se délier de sa responsabilité. On saisit bien la faiblesse du secret bancaire à une action qui serait intentée à la suite d'une condamnation pour détournement d'un embargo, ou même sans condamnation, par la possibilité d'une « fishing expedition » (partie de pêche). Il existe cependant des résistances effectives et concrètes à la l'obligation de coopération, on va le voir immédiatement.

Chapitre 2 – Une sanction négociée par les banques

120. Dans l'obligation de collaborer, les banques tentent alors de négocier la sanction. Or, cette négociation n'est pas à armes égales eu égard aux parties en présence au regard des avantages des autorités de poursuites. (**Section 1**). La banque peut ainsi sembler quelque peu démunie, isolée ; c'est pourquoi il conviendra de rappeler la fonction de cette négociation qui est avant tout une rencontre des volontés ce qui permettra alors d'envisager les avantages de la banque à négocier (**Section 2**).

²²² CA Paris, pôle 4, ch. 9, 22 sept. 2016, n° 14/09630.

Section 1 — Les avantages certains des autorités de poursuites

121. L'étendue de coopération a donné à voir un aperçu des avantages des autorités de poursuites. À présent, il convient de se pencher plus en profondeur sur ces avantages, en distinguant les avantages objectifs (*Paragraphe 1*) des avantages subjectifs (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. – Les avantages objectifs

122. Venant des États-Unis, la mesure d'embargo associée à l'activisme des autorités administratives participe d'une certaine conception pragmatique. Instauré dans les années 1970, le procédé transactionnel (*speedy-trial*) permettait aux procureurs de différer les poursuites avec l'autorisation du tribunal afin de permettre de démontrer sa bonne conduite²²³. Le but recherché était l'efficacité de la répression. Cette efficacité traduit toute une série de conséquences diverses conférant par là même des avantages certains aux autorités de poursuites.

123. Le premier avantage est de répondre à la sophistication de l'infraction. Au risque de caricaturer, il faut rappeler que les entreprises privées ont des moyens incommensurables, qu'ils soient humains ou financiers, tandis que les fonctionnaires de l'OFAC disposent de ressources limitées. Par conséquent, il est évident qu'ils ne peuvent pas surveiller tous les manquements pouvant intervenir sur un marché donné. De plus la démonstration de l'illicite est souvent très complexe et difficile à détecter. Le *Statement of facts* de BNP Paribas précité (supra n°50 ss.) décrit les techniques utilisées par la banque afin de structurer les paiements de manière à éviter leurs détections par les autorités américaines²²⁴.

124. Le deuxième tient à la célérité de la procédure. Il permet de sanctionner rapidement. Si peut correspondre aux besoins des acteurs économiques, la justice négociée tient surtout de

²²³ A. Mignon Colombet et F. Buthiau, « Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP E*, 2013, p. 622.

²²⁴ §53 *Statement of facts BNP Paribas* « In interviews with the Government, ECEP employees at BNPP Paris acknowledged that this complex structure of payment transfers had no business purpose other than to conceal the connection to Cuba in the payments processed through the United State ».

l'économie de moyen. La rapidité d'une transaction permet d'accroître significativement la répression sans que les autorités n'aient à rapporter la preuve de la commission du délit, qui comme on l'a vu peut-être particulièrement complexe. Surtout, la transaction est politiquement moins risquée que la répression classique, en ce qu'elle garantit un résultat et offre aux yeux du public « une justice efficace » là où la lenteur d'un procès classique peut déboucher sur une issue incertaine. Pour autant qu'ils alimentent les critiques sur la lenteur de la justice, ces délais importants sont justifiés par la nécessité de rechercher la vérité. Mais ni le procureur ni l'entreprise ne sont en réalité animés de ce moment de vérité que peut être le procès, les deux ayant intérêt à cette célérité.

125. Le troisième avantage confère la possibilité de sanctionner sévèrement. L'instauration d'autorités administratives, qui a pu faire en France comme aux États-Unis²²⁵, l'objet d'âpres débats notamment en ce qu'elles possèdent un droit de vie et de mort sur l'entreprise. Pour l'entreprise, ainsi qu'on a pu l'illustrer à propos de Deutsche Telekom qui réalisait la moitié de ses ventes aux États-Unis, se priver du marché américain reviendrait à un suicide économique. De même, la banque ne survivrait pas au retrait ou à la suspension de sa licence bancaire au vu de la taille du marché américain ; cette crainte finit par convaincre celles qui ne voudraient pas collaborer. Comme l'a très bien dit le professeur Louis d'Avout, « Ce qui, (...) peut être critiqué [c'] est la pression mise pour négocier, résultant du rapport de force déséquilibré entre les parties : d'un côté, un État doté du pouvoir de vie ou de mort sur l'opérateur économique ; de l'autre, une entreprise poursuivie, contrainte par la sauvegarde de sa réputation mondiale et la défense des intérêts de ses propriétaires et salariés ». C'est bien sur le pouvoir (dissuasif) que se fonde l'avantage des autorités de poursuites.

²²⁵ Voir les critiques américaines adressées à leurs autorités administratives jugées trop peu démocratique et trop secrète in R. Bismuth, « La seconde mort de William E. Humphrey : Les nouveaux horizons de la contestation des agences indépendantes aux États-Unis, in *Penser le droit à partir de l'individu – Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 263-277. Voir également *Sénat, Rapport de M. Mézard au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, n° 126, 28 oct. 2015 et l'intitulé du rapport : « Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », cité dans le même article.

Paragraphe 2. – Les avantages subjectifs

126. Subjectivement il est possible de dresser les avantages significatifs des autorités de poursuites. On en donnera deux exemples.

127. Le premier est avantage est celui de la passivité des autorités de poursuites. Tout d'abord parce que l'effet paralysant des sanctions dissuadent la plupart des banques d'intervenir dans des transactions, même lorsqu'elles sont autorisées. Ces effets, même s'ils relèvent de la psychologie sociale, méritent d'être mentionnés ; le chilling effect et de l'over-compliance assurent ainsi un avantage certain réduisant *de facto* le risque d'infraction. Total, qui a signé en 2017 un accord avec l'Iran afin de développer l'un des plus grands gisements de gaz naturel au monde, a ainsi financé cette opération de 4,8 milliards de dollars via fonds propre²²⁶. Ensuite, il faut bien prendre la mesure de la passivité des autorités par rapport à l'activité de l'entreprise. Si l'on se réfère de nouveau au cas de BNP Paribas, on peut isoler les traces de cette passivité à travers deux indices. Le premier est celui de la motivation juridique. On a peiné à déceler le fondement de la compétence des autorités, mais aussi sa légitimité. De même on aurait souhaité voir apparaître une qualification juridique des techniques bancaires employées et partiellement mises en œuvre hors des États-Unis ; tout juste peut-on lire « la conscience frauduleuse du groupe bancaire », démontrée au surplus par les documents fournis par la banque, ordinairement couverte du secret professionnel²²⁷. On mesure à quel point « jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité » et lorsqu'il n'y a pas de contrôle de la qualification c'est un avantage décisif !

128. Cette passivité est en outre facilité par la *compliance*. La notion désigne « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables »²²⁸. Ce n'est pas le procureur qui détaille ces mesures de gestion pour l'entreprise, c'est

²²⁶ M. Leblanc-Wohrer, « Comply or die? Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », Potomac Papers, n° 34, Ifri, mars 2018, p. 30.

²²⁷ L. d'Avout, « Sanctions négociées... », *op. cit.*, p. 77.

²²⁸ Antoine Gaudemet (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2016, 161 p.9.

l'entreprise elle-même qui propose son plan à partir des exigences du procureur. La loi n'est plus abstraite et générale, elle est particulière et individuelle, la négociation devient un *contrat social personnalisable et personnalisé*. Cette auto-régulation tient en plusieurs phases qu'une avocate très experte et très habituée de ces procédures a résumé ainsi : « en application de ce système normatif, durant une période de temps assez brève, la même entreprise, tout à la fois, crée la situation potentiellement illicite, détecte celle-ci (enquête interne ou self-policing), dénonce les faits à l'autorité (auto-dénonciation ou self-reporting), coopère avec elle, reconnaît les faits reprochés, s'interdit de les contredire aux États-Unis ou ailleurs, produit ses propres outils d'éradication à la source de l'illicite (self-compliance), accepte une surveillance tout le temps de l'accord par un tiers (monitor), voire se surveille elle-même (self-monitoring) »²²⁹.

129. Le second est l'appréciation discrétionnaire. Rien de nouveau a priori, puisque l'administration possède au moins depuis le XX^{ème} siècle ce que Maurice Hauriou appelait « le privilège du préalable ». Néanmoins les privilèges de ces autorités sont parfois édifiants, eu égard à la gouvernance par les nombres dont elles usent²³⁰. Le premier chiffrage sur lequel elles ont un pouvoir discrétionnaire concerne la temporalité. En effet, le procureur est « maître de la procédure dont il règle à la fois la durée et l'issue. Il peut augmenter ou diminuer la période probatoire en fonction de l'appréciation qu'il porte sur le respect effectif par la société des obligations auxquelles il la soumet »²³¹. Autrement dit, si la célérité de la négociation peut correspondre aux attentes du monde des affaires, elle est avant tout dans les mains du procureur. Le second chiffrage discrétionnaire concerne le montant de la sanction. Contrairement à la visée « d'effacement du trouble social » que l'on retrouve associée à l'idée de dédommagement dans la réparation civile et pénale, en matière de répression administrative ce chiffrage est indéterminé ; le montant de la sanction se négocie. Ainsi, le « chiffrage réglementaire » remplit deux fonctions : l'intimidation d'une part, traduction du pouvoir dissuasif, et l'incitation d'autre part, résidu du pouvoir incitatif. C'est entre ces deux limites que se situe la discrétion de l'administration. On peut dire que le

²²⁹ A. Mignon-Colombet « La *self-defense* des entreprises », *Deals de justice...op. cit.*, Note (34).

²³⁰ A. Supiot dans son cours dispensé au Collège de France explique que « la notion de gouvernement se simplifie : le nombre seul fait la loi et le droit. Toute la politique se réduit à une question d'arithmétique », *in* L. d'Avout, *Ibid*, p. 73.

²³¹ A. Mignon Colombet et F. Buthiau, « Le deferred prosecution agreement... », *op. cit.*, Note (225) p. 624.

chiffrage part d'une base fixe, correspondant au niveau d'infraction chiffré, modulo la culpabilité du régulé, qui dépend notamment de l'obstruction à l'enquête, l'existence de programmes de conformité, et le self reporting²³². Par conséquent, les avantages procéduraux dépendent beaucoup de l'attitude de l'entreprise. C'est un rapport nous l'avons dit, dans lequel la banque aussi, à sa part d'avantages.

Section 2 — Les avantages relatifs de la banque poursuivie

130. Pour les banques poursuivies, outre la contrainte majeure de se voir suspendre la licence bancaire, il existe des avantages relatifs moins tragiques offrant une autre alternative au suicide économique. Ils tiennent à la nature de ces *deals de justice*, qui sont des contrats dont les termes peuvent être négociés par la banque, mettant à jour le rapport contractuel (*Paragraphe 1*). Ensuite, c'est la maîtrise des coûts, qu'il conviendra d'analyser sinon de mettre en perspective au regard des amendes prononcées (*Paragraphe 2*). Enfin, on envisagera l'hypothèse de refus.

Paragraphe 1. – Le rapport contractuel

131. En droit américain, trois instruments sont susceptibles d'être mis en œuvre par les autorités de poursuites : le « plaider coupable » (*Guilty Plea*) ; l'accord de non-poursuite (*Non Prosecution Agreement*) ; et l'accord de poursuite différée (*Deferred Prosecution Agreement – DPA*). Tous trois sont des offres unilatérales adressés à l'entreprise, si l'une d'elles est acceptée, l'accord met à la charge des parties des obligations : l'autorité suspend les poursuites, et l'entreprise à titre principal s'acquitte d'une amende, et accepte à titre subsidiaire un mécanisme de supervision interne destiné à lutter contre toute tentative de contournement future, le *monitoring*²³³. Or, d'un point de vue civiliste, ce rapport contractuel peut faire naître deux problématiques.

²³² U.S. Federal Sentencing Guide- lines, §8B2.1(b) ; Principles of Federal prosecution of business organisations, 9-28.900

²³³ Le monitoring peut être présenté comme un dispositif assuré par un tiers indépendant contrôlant le respect des engagements pris puis certifiant in fine que l'entreprise a effectivement mis en œuvre un programme de conformité susceptible de lui éviter de nouveaux manquements.

132. La première concerne la formation du contrat qui pour être valable ne saurait souffrir d'un vice de consentement. On a pu voir que cette transaction est le fruit d'une contrainte, que fait peser l'autorité par un pouvoir spécial de police lui conférant des avantages significatifs. Par conséquent, la violence du dispositif de négociation pourrait caractériser un vice de consentement, du moins du point de vue français. Or, l'une des spécificités de cette transaction, et qu'après homologation par un juge dans le pays de poursuite, elle ne peut faire l'objet d'aucune contestation, dans le monde. Au contraire, toute tentative de diminuer les faits reconnus peut conduire à la reprise de l'action publique, ce qui conduit à se poser la question de l'exécution de ce rapport contractuel.

133. La seconde tient à l'exécution du contrat, qui pourrait pâtir d'un déséquilibre significatif entre les parties à ce contrat à raison des rapports de force en présence. L'autorité sans surprise incarne la partie forte et possède les avantages pour pouvoir dicter ses termes. À la manière d'un contrat d'adhésion, la partie forte impose assez largement ses clauses. Partant, on ne peut exclure que certaines d'entre elles soient contestées sur le fondement des clauses abusives. D'autant plus que le contrat se présente bel et bien comme un contrat d'adhésion, sans possibilité de modifier les clauses. Par nécessité, ou par moindre mal, la banque acceptera cet abus. Paul Éluard ne disait-il pas que le pouvoir sans abus perd son charme ? Plus sérieusement, seule l'expiration du terme du contrat de libèrera la banque de ses obligations. En revanche, il y aurait dans l'impossibilité de contester dans quelque juridiction que ce soit le deal approuvé par un juge, une sorte d'obligation perpétuelle ; presque une épée de Damoclès qui prolonge de façon indéterminée l'obligation de la banque envers l'autorité. Ainsi qu'on l'a fait observer, « Il suffit donc aux autorités de régulation de prouver que l'entreprise fautive n'a pas tenu ses engagements alors que l'inobservation d'une simple transaction oblige la partie lésée à engager une nouvelle action civile pour manquement aux obligations contractuelles »²³⁴.

134. Ce rapport contractuel démontre, s'il en était encore besoin que, le « pouvoir s'exerce à partir de point innombrable et dans le jeu de relations inégalitaires et mobiles »²³⁵. Si Michel Foucault nous invite à penser le rapport au pouvoir en dehors des institutions, il semble que

²³⁴ A. Garapond « Une justice très économique », *Deals de justice, op. cit.*, Note (37), p. 130.

²³⁵ M. Foucault, *Histoire de la sexualité I*, La volonté de savoir, 1976.

la justice négociée en soit un parfait exemple. Mais dans ce rapport contractuel, le juge n'est jamais loin, il est même un passage obligé en France, afin d'homologuer ou valider le contrat²³⁶. Ainsi le juge en rendant la justice « au nom du peuple français », s'assure que l'intérêt général est pris en charge. Comment précisément est-il en charge ? On sait que l'accord a vocation à être exposé à la vue de tous, rappelant ainsi les supplices de Damiens décrits par Michel Foucault au début de son ouvrage *Surveiller et Punir*. Mais surtout, que signifie une telle amende ? Elle est généralement répartie entre les autorités fédérales ayant contribué à l'accord. Elle est en tout cas pour l'entreprise un moyen efficace de maîtriser ses coûts.

Paragraphe 2. – La maîtrise des coûts

135. Un des soucis premiers de la banque est la maîtrise des coûts. En cas de procès, cela est encore plus vrai. Dès lors il n'est pas étonnant que face à la perspective de longues et coûteuses procédures judiciaires, les banques tentent de rationner et maîtriser leurs coûts en négociant avec les autorités de poursuites. Ainsi qu'on a pu le voir, l'un des effets de la coopération est la diminution du montant de la sanction. Ne nous est-il pas possible de considérer - dans une perspective assez théorique nous l'admettons, que l'entreprise une fois « à la table des négociations » se retrouve à égalité avec le procureur ? Elle aurait en tout cas plus de chances de succès qu'en s'en remettant au règlement de blocage à propos duquel la Cour reconnaît que « le risque de dommages économiques n'est pas suffisamment compensé [...] par le droit à réparation prévu à l'article 6 de ce règlement »²³⁷. La négociation semble donc la seule alternative crédible à la maîtrise des coûts, qui à notre connaissance a toujours été minorée, du fait de la philosophie du dispositif notamment.

136. De même, l'anticipation des risques par une technique nouvelle de gestion, si elle est une technique coûteuse permettrait en réalité de faire diminuer les coûts, par anticipation des risques. Surtout si l'on en croit les déclarations d'un procureur général Paul McNulty « If you think compliance is expensive, try non-compliance »²³⁸.

²³⁶ Art. 41-1-2 II, du Code de procédure pénale « Lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation ».

²³⁷ Arrêt du 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran c/ Telekom Deutschland GmbH*, C-124/20, EU:C:2021:1035, para. 33.

²³⁸ Paul McNulty, procureur général adjoint des États-Unis de 2006 à 2007.

137. En outre, une amende même très importante rend possible la poursuite de l'activité même si elle peut la fragiliser. Ainsi, plutôt que de laisser au juge la charge de mettre en balance les intérêts de la société avec ceux de la banque poursuivie afin de déterminer le montant de l'amende, la banque veille à ce que le montant de l'amende soit compatible avec la poursuite de son activité économique. Cette préoccupation n'est pas uniquement celle la banque, mais également celle des autorités de contrôle. Par exemple, à la suite de la condamnation de BNP Paribas, l'AMF a assuré qu'il n'y avait pas de risque de solvabilité, et que la banque allait renforcer le niveau et la qualité de ses fonds propres²³⁹. Désormais le montant de l'amende est pris en considération par les autorités étrangères et même internationales. L'Autorité bancaire européenne a depuis 2014 inscrit amendes et provisions pour « risque juridique » constituées par les banques européennes dans les « Tests de résistance » (Stress Tests).

138. En conclusion, il faut bien observer que l'obligation de coopérer est au cœur du dialogue imposé par les autorités, qu'elles soient privées ou public. Si la banque peut toujours craindre un procès public, le paysage qui se dessine laisse à voir non plus un ensemble de procès, mais bien un ensemble de transactions²⁴⁰. La banque peut difficilement résister à la législation de l'embargo, ni même à ses effets, et encore moins à ses sanctions. La banque en cherchant à conduire, ou à contenir l'impérativité, se fait en réalité le vecteur de la norme elle-même ; devenant aussi la cheville ouvrière de la sanction puisque l'exécution de ces mesures passe nécessairement par cette l'institution bancaire. C'est là que réside le sens de la sanction négociée.

²³⁹ Communiqué ACPR, 30 juin 2014. URL : <https://acpr.banque-france.fr/communiquede-presse/suite-la-publication-de-laccord-conclu-entre-les-autorites-americaines-et-bnp-paribas>. Consulté le 12 avril 2022. « L'ACPR en tant que superviseur consolidé du groupe BNP Paribas a examiné la situation de BNP Paribas et constaté que le groupe présente une situation de solvabilité et de liquidité tout à fait solide, qui va lui permettre d'absorber les conséquences anticipées de ces sanctions ».

²⁴⁰ Lafler v. Cooper, mars 2012, 566 U.S. « Criminal justice today is for the most part a system of pleas, not a system of trials »

CONCLUSION GÉNÉRALE

On dit souvent du droit qu'il révèle une forme de théâtralité. Le droit appréhende en effet l'homme et son entreprise sous le qualificatif de personne (morale ou physique) dont l'étymologie renvoie à *persona*, c'est-à-dire le masque que portaient les comédiens lors des tragédies antiques.

Sur la scène internationale et en matière d'embargo, c'est encore plus vrai : chaque loi avance avec son cortège ombragé et menaçant, perturbant les opérateurs et leurs opérations internationales. Telle une tragédie grecque, l'embargo unilatéral n'échappe pas à son destin de créer des incertitudes. On en isole trois :

- Les lois de blocage. Elles placent les entreprises, et le juge dans les dilemmes de l'impossible et étioient l'esprit de coopération naissant en matière d'édiction d'embargo (coordination des unilatéralismes). Il serait opportun de créer une règle de conflit en s'inspirant du modèle suisse par exemple.
- La légalité internationale. L'implantation mondiale des groupes bancaires corrélée à l'interconnexion des places financières offrent à l'État des occasions illimitées pour rattacher et réguler l'action économique à partir de son territoire. Partant, c'est moins la question de l'extraterritorialité, nuisant à la clarté des débats que la compétence économique qu'il conviendrait d'interroger au regard du droit international. La difficulté étant que l'État s'appuie sur des vecteurs économiques pour amplifier le champ spatial de la norme d'embargo, contribuant à déplacer la question juridique vers la question économique mais aussi géopolitique.
- Les sanctions renouvelées. Si les autorités américaines font peser une certaine contrainte sur les banques, la difficulté nouvelle réside dans la faculté des autorités privées à poursuivre les banques. Ces dernières pourraient devenir les réels vecteurs de *l'enforcement* des lois d'embargos. L'Europe s'est également saisie de la question de la violation de l'embargo, esquissant l'idée d'une sanction européenne commune. La violation d'un embargo européen deviendrait alors un crime européen.

Ainsi, à la question de savoir quel degré d'impérativité l'embargo fait peser sur la banque, on serait tenté d'interroger en retour le degré d'impérativité véhiculé par la banque. Celle-ci au cœur des échanges, la diffuse à toute son organisation et l'applique à son activité s'exposant à une diversité de risque croissant. En cela, elle est un laboratoire de la norme d'embargo.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX : MANUELS ET TRAITÉS

ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 38, 1992.

AUDIT (B.) D'AVOUT (L.), Droit international privé, LGDJ, 8ème édition, 2018.

BUREAU (D.) MUIR WATT (H.) Droit international privé, Tome *II*: Partie spéciale, PUF, 4ème édition, 2017.

CACHARD (O.), Droit du commerce international, Paris, LGDJ, 2008, 2) éd., 2011.

DAILLER (P.), FORTEAU (M.) PELLET (A.) droit international public, L.G.D.J, 8ème édition, n°250, 2009.

SALMON (J.) « Dictionnaire de droit international public », Bruylant, 2001.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES MONOGRAPHIES, COURS ET OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AEBDF, L'embargo, Actes de la journée d'études du 1er décembre 1995, Bruxelles, Bruylant, 1996.

ALJB, Le banquier luxembourgeois et le droit international privé, Anthemis, 2016.

AMERICAIN LAW INSTITUTE, *Restatement (4th) of US Foreign Relations Law*, 2018.

D'AVOUT (L.) « L'entreprise et les conflits internationaux de lois » *RCADI*, 2019, Tome 397.

BERTHOLD (G.) « Les champs d'application territoriale des droits de la concurrence » *RCADI*, 1969-III, tome 128.

BENNOUNA (M.) « Les sanctions économiques des Nations Unies » *RCADI*, Volume 300, 2017.

GARAPOND (A.) SERVAN-SCHREIBER (P.) *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

GIRAUDOUX (J.), *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, 1935.

KINSCH (P.), Le fait du prince étranger, Paris, LGDJ, 1994.

MARCHANT (A.) L'embargo en droit du commerce international, LARCIER, 2012.

MICHALET (C-A.) « Le capitalisme mondial », *Presses universitaires de France*, 1998.

LEQUETTE (Y.) « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » *RCADI*, Tome. 387, 2015.

SOREL (J. M.) « Quelle normativité pour le droit des relations monétaires et financières internationales ? » *RCADI*, 2020, tome 404.

SFDI (A.M. et B. T.), Extraterritorialités et droit international, Colloque d'Angers, Pedone, 2020.

3. ARTICLES DE DOCTRINE, COMMUNICATIONS

- AFFAKI** (G.) « Les garanties indépendantes sont-elles encore « indépendantes » ? Leçons de la crise du Golfe, *Banque et droit*, 1994
- AFFAKI** (G.) « Regards bancaires sur l'extraterritorialité », in *Cahiers de droit de l'entreprise n°4*, 2018.
- AMSELEK** (P.) « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in Ch-A. Morand *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991.
- AUDIT** (B.), « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *RCDIP*, 1983.
- AUDIT** (B.), « Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier » *RDBF*, novembre-décembre 2015, no 54.
- AUDIT** (M.), **KERBRAT** (Y.) « Regards croisés sur l'extraterritorialité droit public / droit international privé » in A. Miron et B. Taxil (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI – Colloque d'Angers 2020.
- D'AVOUT** (L.), « Embargo international et déni de justice arbitrale », *RCDIP*, 2020.
- D'AVOUT** (L.), « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises mondiales », *Rev. Droits* 64, 2016.
- D'AVOUT** (L.), « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP*, 2015.
- BAUMARD** (P.), « Les sanctions financières internationales » *Revue Banque*, 2015.
- BURDEAU** (F.), « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *R.A.*, 2003.
- BISMUTH** (R.) « 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, 2015.
- BISMUTH**, (R.), « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : Le point de vue du droit international public », in *La compliance : un nouveau monde ?*, Éditions Panthéon Assas 2016.
- BISMUTH** (R.), « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in A. Miron et B. Taxil (dir.), *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI – Colloque d'Angers 2020.
- CARADEC** (E.) « Contentieux aux États-Unis : les banques face à la procédure de discovery », *Revue Banque & Droit n°165*, janvier-février 2016
- CRUZ HERRERA** (D.M.) « États-Unis/Cuba. Les interventions d'un empire, l'autodétermination d'un peuple », *Presses de l'Université du Québec*, 2007.
- DEGHANI** (P.), « les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise n° 4*, 2018, in Dossier Regards croisés sur l'extraterritorialité du droit n°25.
- ERGEC** (R.), « L'embargo et les droits nationaux » in *L'embargo*, *Cahiers AEDBF*, Bruylant 1996.
- FORONDA** (F.), « Embargo : l'arme des puissants », *Relations internationales et stratégiques* (1996).

GARAPOND (A.) SERVAN-SCHREIBER (P.), « Introduction. Un changement de paradigme » in *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

GARAPOND (A.), « Une justice « très » économique », in *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

GAINAR (A.) « Aux origines de la diplomatie européenne : Les Neuf et la Coopération politique européenne de 1973 à 1980 », *Relations internationales*, vol. 154, no. 2, 2013.

KINSCH (P.) « L'incidence des lois de police étrangères sur l'activité bancaire », in *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, ALJB, Anthemis, 2016.

KLEINER (C.) « Le secret bancaire opposé par les banques françaises aux injonctions de discovery : du nouveau dans l'international comity analysis », *AEDBF France VII*, 2018

LASSERRE CAPDEVILLE (J.) « La banque face au risque de condamnation », *JCP G* n° 39, 22 sept. 2014, 976

MARTEL (Y.), LEGAULT (A.) « Les contrôles américains sur les exportations stratégiques : historique et évolution ». *Études internationales*, 25(4), 1994.

MAYER (P.), Préface de la thèse de Ch. Seraglini, Lois de police et justice arbitrale, Dalloz 2001.

MAYER (P.), « Les lois de police », in *Journée du Cinquantenaire, Trav. Com. fr. DIP, CNRS*, 1988.

MAZIAU (N.), « L'extraterritorialité entre souveraineté et mondialisation du droit » *JCP E*, 2015.

MIRON (A.), TAXIL (B.) « Les extraterritorialités entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'Imperium sans le Dominum ? » *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, SFDI, 2020.

MIGNON-COLOMBET (A.), BURTHIAU (F.) « Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP E*, 2013, p. 622.

MIGNON-COLOMBET (A.), « La self-defense des entreprises », in A. Garapond, P. Servan-schreiber *Deals de justice. le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

QUINTIN (Y.) « Aux frontières du droit : Les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RDBF*, 2014, n° 5, étude 21

ROBERT (E.), « L'embargo en droit international » in *L'embargo*, Cahiers AEDBF, Bruylant, 1996.

SABBAGH (D.), « L'utilisation de l'arme économique dans la politique étrangère des États-Unis : cadre d'analyse et évolution », *Relations internationales et stratégiques*, n°24, 1996.

SIMLER (P.) Jurisclasseur, Fasc. 15, du 20 janvier 2022.

STOUFFLET (J.) « Les conflits de lois en matière de crédits bancaires », in *Trav. Com. fr. DIP*, 1970.

STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986.

STERN (B.) « L'extraterritorialité revisitée – Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres », *Annuaire français de droit international*, 1992

SYNVET (H.), « Rapport conclusif n°10 », *RDBF*, 2010, n°10.

SYNVET (H.), « Rapport de Synthèse », *RDBF*, 2015, n° 4, étude 41.

DE VAUPLANE (H.), « Une nouvelle géopolitique de la norme » in Antoine Garapon et al., *Deals de justice, Presse Universitaire de France*, 2013

DE VAUPLANE (H.), « Sanction économiques. Embargos, gel d'avoir : défense des droits de l'Homme ou instrument de politique étrangère » *Revue Banque*, 2012.

4. JURISPRUDENCE

4.1 - Françaises :

Cours et Tribunaux

- **TGI Paris** (Référé), 11 décembre 1979, *Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran » c. Citibank*, Gaz. Pal., 1979.
- **TGI Paris** (Référé), 21 janvier 1980, *Citibank c. Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran »*, Gaz. Pal., 1980.
- **TGI Paris** (Référé), 11 février 1980, *Banque centrale de l'Etat iranien « Bank Markazi Iran » c. Bank of America National Trust and Savings Association*.
- **CA Paris**, 22 mai 1965, *Fruehauf*, D. 68147, JCP 65.II.14274
- **CA Paris**, pôle 4, ch. 9, 22 sept. 2016, n° 14/09630
- **Ordonnance** du Tribunal de commerce Romans-Sur Isère, 13 mars 2017, n° 2017R00019

Cour de cassation

- Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 1990, *Bull civ. IV*, n°33, p. 23, D.
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 5 février 1999, 97-16.440, *Oury*
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 mars 2010, no 08-21.511, *Bull. civ. IV*, no 54.
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 juillet 2018 – n° 17-10.158
- Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 juillet 2020, pourvoi numéro 18-21.814
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 mars 2010, no 08-21.511, *Bull. civ. IV*, no 54
- Cour de cassation, Chambre commerciale, 6 février 1990, *Bull civ. IV*, n°33, p. 23, D.

Conseil Constitutionnel

- Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, *Société Novaxia développement et autres*

4.2 - Suisses :

T. Fed. 16 août 2021, Arrêt (4A_659/2020).

4.3 - Anglaises :

LIBYAN ARAB FOREIGN BANK V BANKERS TRUST CO [1989] Q.B. 728 (02 September 1987)

4.4 Étatsuniennes :

DAMES & MOORE V. REGAN, 453 U.S. 654 (1981).

INS V. CHADHA, 462 U.S. 919 (1983).

REGAN V. WALD, 468 U.S. 222 (1984).

AEROSPATIALE V. US DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF IOWA, 482 US 522 (RC 88.559 n.Dyer) (1987)

MICROSOFT CORP. V. AT&T CORP., 550 U.S. 437, 454 (2007)

MORRISON V. NAT'L AUSTL. BANK LTD., 561 U.S. 247, 248 (2010).

4.5 - Hollandaises :

TRIB ARROND La Haye, 17 sept. 1982, *RCDIP* 1983

4.6 - Européennes :

CJCE, 17 oct. 1995, *Procédure pénale c. Leifer*, aff C-83/94, *Rec.*, I-030231

CJCE, 17 oct. 1995, *Werner Industrie-Ausrüstgen GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff C-70/94, *Rec.*, I-03189

CJUE, 3^o ch., 17 janvier 2019, SH c/ TG, aff. C-168/17, ECLI :EU:C:2019:36.

CJUE, Gde ch., 21 décembre 2021, Bank Melli Iran, Aktiengesellschaft nach iranischem Rech c/ Telekom Deutschland GmbH, aff. C-124/20,

4.7 - Internationales :

CPJI, Affaire du « Lotus » (*France c. Turquie*), Série A, n°10, arrêt du 7 sept. 1927.

CIJ, Nottebohm (*Liechtenstein c. Guatemala*), *Rec. 1955*, arrêt du 6 avril 1955.

CJI, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Belgique c. Espagne*), arrêt du 5 février 1970.

CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua/États-Unis*) fond, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil*, 1986.

Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/23 *affaire États-Unis – Crevettes* (1998).

4.8 Commentaires :

AFFAKI (G.), Note sous CA Paris, 23 juin 1995 : JCP E 1995, II, 735, note pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1998, n° 95-19.442 : JurisData n° 1998-000823 ; Bull. civ. I, n° 69.

AFFAKI (G.) Note sous High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, Mamancochet Mining Limited c/ Aegis Managing Agency Limited and Others, 12 octobre 2018, [2018] EWHC 2643 (Comm), Teare J., *CDBFI*, 2022.

BONNEAU (TH.) NOTE SOUS « Le banquier peut-il faire obstacle, en se fondant sur le secret bancaire à une demande de communication de pièces sollicitées en vue de rechercher sa responsabilité ? », JCP G 2018, 54.

DE TOCQUEVILLE (J-G.) BRICE (N.) AUMAIN (D.), note sous conclusions générales de l’avocat général G. Hogan, 12 mai 2021, aff. C-124/20, Bank Melli Iran contre Telekom Deutschland GmbH », *JCP G* n° 47, 1250.

LACOMBE (A.), WINKLER (M), note sous CA Paris, 25 février 2015, D., 2015.

TORCK (S.), SAMIN (T), note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 juillet 2018 – n° 17-10.158.

5. RAPPORTS, AVIS, RÉOLUTION, ARTICLES DE PRESSE ET COMMUNIQUÉS DE PRESSE

APUZZO (M.), MÉHEUT (C.), GEBREKIDAN (S.), PORTER (C.), “The Ransom: How a French Bank Captured Haiti”. *The New York Times*, 26 mai 2022.

AUDIT (M.) « Sanctions contre BNP Paris : l’extraterritorialité du droit américain est-elle conforme au droit international ? », *Les Échos*, 25 juin 2014.

DEPARTMENT OF THE TREASURY « The treasury sanctions 2021 sanctions reviews », oct. 2021.

DG TRESOR « GUIDE DE BONNE CONDUITE / FOIRE AUX QUESTIONS relatifs à la mise en œuvre des sanctions économiques et financières », version du 1er septembre 2014 - V3
EUROPEAN COMMISSION,

- *Proposal for a council decision on adding the violation of Union restrictive measures to the areas of crime laid down in Article 83(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 25 mai 2022.
- *Sanctions adopted following Russia’s military aggression against Ukraine*

EUROPEAN COMMUNITIES « Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR », *International Legal Materials*, 1982 ».

FENG (I.) « La Chine mesure la vulnérabilité de son système financier », *Le Monde*, 30 avril 2022.

FINANCIAL MARKETS LAW COMMITTEE « U.S. Sanctions and the E.U. Blocking Regulation: Issues of Legal Uncertainty », juin 2019.

FINMA, *Rapport annuel*, 2010.

FINMA *Communication sur les risques liés aux relations commerciales avec l’Iran*, 18 octobre 2010.

FINMA *Gestion inadéquate des risques dans le cadre des sanctions américaines : la FINMA clôt la procédure à l’encontre de BNP Paribas (Suisse) SA*, 1er juillet 2014.

HCJP, *Rapport sur l’extraterritorialité du droit de l’union européenne*, du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Mai 2022.

OFFICE OF THE UNITED STATES ATTORNEY FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, *Manhattan U.S. Attorney Announces Criminal Charges Against Société Générale S.A. For Violations Of The Trading With The Enemy Act*, communiqué de presse, 2018.

sur les risques liés aux relations commerciales avec l’Iran, 18 octobre 2010., 22 octobre 2010

LE CLUB DES JURISTES, D. Perben (d.), L. de Gaulle (l.), « Le retrait des États-Unis de l’accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée », 2018.

U.S. UNITED STATES SENATE PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS « The art industry and U.S. policies that undermine sanctions » de R. Portman et T. Carper, mai 2020.

RAPPORT AN N°4082 de K. Berger et P. Lellouche sur l'extraterritorialité du droit américain du 5 octobre 2016.

RAPPORT GAUVAIN (R.) « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale » du 26 juin 2019.

VON DER LEYEN (U.) « Mission letter addressed to Mairead McGuinness » 13 sept. 2020.