

50 L'extraterritorialité en droit bancaire

Georges AFFAKI, professeur associé à l'université Panthéon-Assas (Paris II),
avocat à la Cour

Introduction

1 - L'extraterritorialité en droit bancaire soulève des questions complexes de conflits de lois et de juridictions, d'ordre public, de lois de police et d'organisation internationale des opérations de banque. Cette étude prend pour illustration deux manifestations de l'extraterritorialité : la saisie des avoirs bancaires détenus auprès des succursales de banques à l'étranger et l'application d'une loi d'embargo à une situation en dehors d'un lien de rattachement direct avec la juridiction de législation. Dans ce deuxième cas, l'émergence de nouveaux liens de rattachement pour les paiements internationaux aboutit à une territorialité prorogée des lois¹.

2 - **Délimitation du sujet.** – Un sujet aussi vaste et complexe ne peut être traité exhaustivement dans les limites éditoriales imposées. Cette étude ne traitera pas des visées extraterritoriales du principe de l'universalité de la faillite, qu'elles proviennent du règlement (CE) 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité², de la directive du 15 mai 2014 sur le redressement et la résolution des établissements financiers (BRRD)³, ou encore du droit de la faillite américain qui permet d'appréhender tout bien dans le monde et d'émettre des injonctions *in personam* à l'encontre des créanciers étrangers qui continueraient leurs efforts de recouvrement dans des pays tiers⁴. Elle ne traitera pas non plus du phénomène d'équivalence des législations qu'entraîne l'ouverture des marchés et qui aboutit à une situation proche de l'extraterritorialité puisque le professionnel étranger n'a pas à se conformer aux normes de l'État sur le territoire duquel il souhaite offrir ses services, sa législation nationale étant considérée comme « équivalente » à celle du pays d'accueil. Il continue donc d'opérer selon ses propres normes qui produisent alors des effets normatifs dans le pays d'accueil⁵. Les allers-retours de la jurisprudence américaine sur le *Securities Exchange Act* dont l'interprétation par les tribunaux fédéraux jusqu'à l'arrêt *Morrison* en 2010 fut sans doute la manifestation la plus éclatante de l'extraterritorialité, seront traités dans d'autres articles dans cette revue et ne seront donc pas abordés ici⁶.

Ndlr : Intervention au colloque « Les enjeux de l'extraterritorialité du droit financier », organisé le 29 mai 2015 par l'Association des étudiants du master de droit bancaire et financier de l'université Paris II.

1. Comme la conférence qui en est la source, cet article est dédié au professeur Jean-Pierre Mattout, ami et mentor.
2. Cons. CE, régl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 : JOUE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1.
3. PE et Cons. CE, dir. 2014/59/UE, 15 mai 2014, concernant le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : JOUE n° L 173, 12 juin 2014, p. 190.
4. G. Affaki, *A European View on the U.S. Courts' Approach to Cross-Border Insolvency – Lessons from Yukos*, in « *Cross-border Insolvency and Conflict of Jurisdictions* », Georges Affaki (Éd.) : Bruylant 2007, p. 14.
5. Th. Bonneau, *Extraterritorialité, ouverture des marchés et démocratie : RD bancaire et fin. 2015, dossier 36 ; Recommandations du 1^{er} avril 2015 sur l'équivalence des régimes de confidentialité : RISF 2015, n° 3.*

3 - Le premier thème que nous avons choisi, la saisie des avoirs bancaires détenus dans les succursales de banque à l'étranger illustre clairement l'extraterritorialité, car il s'agit pour un tribunal, ou un régulateur de prendre en considération des situations ne présentant avec sa juridiction aucun lien de rattachement, que ce soit au titre de sa compétence territoriale ou personnelle. Le deuxième thème, l'effet des lois d'embargo au-delà de l'État qui les a promulgués, se présente de plus en plus sous le signe de la territorialité prorogée, car l'autorité publique profitera d'un lien de rattachement, parfois ténu, entre la situation et sa juridiction pour appréhender des phénomènes liés, qui ne présentent aucun lien de rattachement avec sa juridiction. Ceci n'empêche pas des manifestations de lois d'embargos ouvertement extraterritoriales de perdurer, entraînant du coup des contre-mesures tout aussi impératives.

1. L'extraterritorialité de la saisie des dépôts en banque détenus à l'étranger

4 - Le 30 août 2012, l'Association de droit international a adopté à l'unanimité la Résolution sur les principes de juridiction sur les succursales de banques à l'étranger en matière de procédures civiles d'exécution⁷. La résolution affirme le principe de l'autonomie des succursales de banques à l'étranger et la territorialité des saisies. On peut espérer qu'elle mette enfin un terme à la divergence des jurisprudences nationales qui forme, depuis des années, un facteur majeur d'insécurité dans les opérations bancaires.

5 - **La problématique.** – Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Un jugement le condamnant au paiement de sa dette au profit d'un ou plusieurs créanciers est valable pour l'ensemble de ses biens, quel que soit leur localisation. Le jugement ordonnant au débiteur de payer sa dette est en effet prononcé *in personam* à l'encontre de ce débiteur. Il ne pourra pas s'exonérer de sa dette – ni de l'exécution du jugement – au prétexte qu'il ne dispose pas de biens situés dans le champ de la compétence territoriale du tribunal.

6 - Toute différente est la situation du tiers saisi. Celui-ci a l'obligation de geler les avoirs du débiteur en sa possession par l'effet suspensif de la saisie conservatoire ou de se libérer de sa

6. V. notre étude précédemment publiée, G. Affaki et J. Stoufflet, *note sous Supreme Court of the United States, Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al., Chronique de droit bancaire international : Banque et droit 2011, n° 136.*

7. L'auteur était le rapporteur du projet de résolution présenté par le Comité de droit monétaire international (MOCOMILA).

dette de restitution dans les mains du créancier saisissant par l'effet dévolutif de la saisie attribution. Seulement, l'effet de la saisie à l'égard du tiers saisi ne peut qu'être *in rem*, limité à ceux des avoirs du débiteur qui sont dans la possession du tiers saisi, ou redevable par lui, et situés dans le champ de la compétence territoriale du tribunal ordonnant la saisie. Prétendre faire produire un effet dévolutif universel à la saisie à l'égard de tiers c'est confondre le débiteur saisi et son propre débiteur. C'est également, et surtout, faire supporter au tiers saisi un risque injuste résultant d'un conflit potentiel de compétence juridictionnelle. Prenons le cas le plus fréquent de tiers saisi : la succursale de banque auprès de laquelle le débiteur aurait déposé des avoirs monétaires ou des titres. Un tribunal qui ordonnerait la saisie de ces avoirs peut légitimement exiger que son ordonnance soit exécutée dans l'espace juridictionnel où son ordonnance est exécutoire. La succursale dépositaire localisée dans l'état où siège le tribunal a donc l'obligation de respecter l'ordonnance de saisie sous peine de voir sa responsabilité civile engagée. En revanche, la succursale de banque qui serait certes dépositaire d'avoirs du débiteur mais serait localisée dans un état où l'ordonnance de saisie n'est pas reconnue, ne peut se voir contraindre de donner effet à cette saisie. Prétendre autrement c'est l'exposer à devoir payer le montant du dépôt deux fois : une première fois dans les mains du créancier saisissant par l'effet de la saisie étrangère, et une deuxième fois dans les mains du débiteur déposant qui pourrait exiger de la juridiction du lieu de localisation de la succursale une ordonnance la sommant de lui restituer son dépôt, le cas échéant majoré de dommages et intérêt si la résistance de la succursale a occasionné au débiteur un préjudice avéré. L'ordonnance étrangère n'étant pas reconnue dans l'ordre juridique de l'état de la succursale dépositaire, elle ne pèsera guère dans la réclamation du déposant de restitution de ses avoirs. Ce risque pour le tiers saisi pourrait d'ailleurs prendre une dimension pénale dans les pays qui protègent le secret bancaire par des sanctions pénales. Déclarer des avoirs bancaires au nom du débiteur saisi à une autorité judiciaire étrangère en dehors des voies d'entraide judiciaires (inexistantes en matière de procédures conservatoires) rendrait en effet la succursale de banque, et ses employés, passibles de poursuites pénales.

7 - Regrettablement, cette conclusion de bon sens n'est pas reconnue par tous les tribunaux. En France, par exemple, la Cour de cassation a donné à deux reprises un effet extraterritorial à une saisie-arrêt signifiée au siège de la banque dépositaire « peu important la localisation de ces succursales en France ou à l'étranger, puisque l'obligation de restituer lesdites sommes est juridiquement exigible à l'encontre de [la] personne morale »⁸. Par ces arrêts considérant la situation particulière du tiers-saisi sous le prisme du principe général de l'unicité de la personne morale, la Cour suprême ignore à la fois la réalité de l'organisation des banques à réseau international et la jurisprudence française en matière de restitution des dépôts à l'étranger.

8 - En effet, la succursale ou le siège de banque à qui la saisie est signifiée n'a pas nécessairement un accès instantané et direct aux données nominatives de l'ensemble des déposants auprès de ses succursales à l'étranger. De nombreuses législations nationales promouvant un concept strict du secret bancaire empêcheraient un libre accès universel et sans limite. Pour répondre à une visée extraterritoriale de la saisie qui lui serait signifiée, le tiers saisi serait obligé de demander à ses employés dans les succur-

sales à l'étranger de déclarer les avoirs détenus au nom du débiteur saisi. D'où le conflit potentiel avec des lois de police locales.

9 - À propos de la problématique similaire de la responsabilité du siège dans la restitution des dépôts auprès de ses succursales à l'étranger, la Cour de cassation avait pourtant pris en considération la loi du lieu où le dépôt était constitué et, par l'effet combiné de l'article 1943 du Code civil et des règles de rattachement en droit international privé, fait régir l'obligation de restitution des dépôts monétaires par la loi de la succursale étrangère dépositaire et non la loi du siège⁹. Une recherche sommaire en droit comparé n'a pas permis de trouver d'autres exemples de jurisprudence poussant à cet extrême l'effet universel des mesures provisoires ou des voies d'exécution *in rem* à l'encontre des tiers.

10 - À titre d'exemple, si la jurisprudence allemande ne reconnaît pas l'autonomie des succursales de banque à l'étranger, elle corrige par l'application purement territoriale des saisies les excès de la jurisprudence française. En effet, le Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung* (ZPO)) limite à son article 828(2) la possibilité pour les tribunaux allemands d'ordonner des saisies aux seuls cas où le bien saisi ou le débiteur saisi est situé en Allemagne. À défaut, les tribunaux allemands ne se reconnaîtront compétents pour saisir les avoirs déposés auprès de succursales de banque à l'étranger que s'il s'agit de succursales de banques ayant leur siège social en Allemagne. Les succursales en Allemagne de banques étrangères, quant à elles, ne seraient pas visées par la saisie en ce qui concerne les biens du débiteur déposés à l'étranger.

11 - La jurisprudence anglo-américaine a toujours reconnu l'autonomie des succursales de banque et l'application exclusive de la loi de situation du dépôt bancaire pour régir les obligations du tiers saisi. L'arrêt de référence en droit anglais est *Societe Eram Shipping Co & Hong Kong & Shanghai Banking Corporation*¹⁰. La banque tiers saisie avait avancé l'argument qu'en matière de saisie de soldes de comptes, les succursales de banque à l'étranger devaient être considérées comme des entités séparées en dehors du champ de compétence juridictionnelle du tribunal anglais ordonnant la saisie. Pragmatique, Lord Bingham rendant l'arrêt au nom du *House of Lords* a indiqué que la Cour ne pouvait rendre une décision qui n'aurait pas pour effet de libérer le tiers saisi de son obligation de restitution à l'égard du déposant au titre de la loi régissant le dépôt. S'agissant d'avoirs bancaires déposés auprès de la succursale de la banque à Hong Kong, la Cour a indiqué que des arguments de principe, de courtoisie internationale (*comity*) et de convenance empêcheraient de donner un effet extraterritorial à la saisie à l'égard du tiers saisi.

12 - Allant plus loin dans la partie de l'arrêt qu'il a rédigée, Lord Hoffmann (avec l'approbation du reste de la Cour) a rappelé que l'effet de la mesure d'exécution à l'égard du tiers ne pouvait qu'être *in rem* et devait par conséquent se cantonner à la situation du bien saisi. L'exécution d'un jugement étant un exercice du pouvoir de souveraineté, il devait forcément être appréhendé, décida le juge, sous le prisme du principe général de droit international empêchant un état d'empiéter sur la souveraineté d'un autre en tentant de saisir des biens situés sur le territoire de l'autre état. Et, prophétique, de conclure que si « *the courts of one country in which a bank operates exercise no restraint about using their sovereign powers of compulsion in relation to accounts maintained with that bank at branches in other*

8. Cass. 2^e civ., 30 janv. 2002, n° 99-21.278, parmi de nombreux commentaires, V. J.-M. Delleci, *La déclaration des avoirs déposés chez une succursale étrangère* : RD bancaire et fin. 2003, étude 100032, p. 179. – Cass. com., 30 mai 1985 : Rev. crit. DIP 1986, jurispr. p. 329, comm. H. Batiffol.

9. TGI Paris, 8 mars 1985 et 12 mars 1985 : Banque 1985, p. 409 et p. 523, obs. Rives-Lange. Sur cette question, V. G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international* : Banque et droit 2003, n° 92, p. 67.

10. [2004] 1 AC 460.

countries, conflict and chaos is likely to follow. » Une saisie attribution ordonnée par un tribunal anglais et signifiée à une succursale de banque à Londres en tant que tiers saisie ne pouvait produire d'effet sur le compte du débiteur tenu par la succursale à Hong Kong de la même banque¹¹.

13 - En droit américain, une jurisprudence new-yorkaise et fédérale constante reconnaît l'autonomie des succursales de banques en matière de tenue de comptes. Dans l'arrêt *Cronan v. Schilling*, la *Supreme Court* de l'État de New York a décidé : « *each branch of a bank is a separate entity, in no way concerned with accounts maintained by depositors in other branches or at the home office* »¹². Reprenant cette jurisprudence à leur compte, les tribunaux fédéraux ont noté que cette doctrine du « *separate entity* » était reconnue par les « *courts throughout the country* »¹³. Spécifiquement en matière de mesures conservatoires et de voies d'exécution, les tribunaux ont donné effet à la *separate entity rule* en localisant le compte de banque auprès de la succursale teneur du compte¹⁴.

14 - L'arrêt *Koehler v. Bank of Bermuda Ltd* rendu par la Cour d'appel de New York¹⁵ ordonnant à une banque tiers saisie de payer au créancier les avoirs du débiteur déposés à l'étranger est un incident de parcours, aujourd'hui réglé par un retour affirmé à la jurisprudence antérieure. L'affaire était un exemple patent de *forum shopping*. Un créancier domicilié en dehors de l'État de New York a demandé au tribunal de New York d'exécuter un jugement rendu par les tribunaux fédéraux à l'encontre de son débiteur, lui-même domicilié en dehors de l'État de New York, en ordonnant la saisie-attribution de titres détenus auprès de Bank of Bermuda Ltd. aux Bermudes. Le seul élément de rattachement avec l'État de New York était la présence d'une succursale de Bank of Bermuda qui n'avait aucun rapport avec le dépôt visé par l'ordonnance de saisie. Au terme de dix ans de contentieux sur la compétence territoriale du tribunal, la banque a accepté aux termes d'un accord procédural la compétence des juridictions new-yorkaises ce qui a permis à la Cour de rendre à la majorité d'une voix (4 juges sur 7) son ordonnance de saisie, sans pour autant dissuader la minorité du tribunal de rendre un avis dissident remarquablement motivé. L'arrêt *Koehler* est aujourd'hui dépassé par plusieurs arrêts d'état et fédéraux affirmant sans ambiguïté l'effet strictement territorial de la saisie en application de la *separate entity rule*¹⁶.

15 - En Italie, un cas unique est recensé où la Cour de cassation a reconnu un effet exclusivement territorial à la saisie par application du « principe général de l'effet territorial de la souveraineté de l'État dont le pouvoir judiciaire est l'expression »¹⁷.

16 - **L'autonomie des succursales de banques à l'étranger – aperçu de droit européen et international.** – Il n'y a pas qu'en matière de saisie et son effet à l'égard de tiers que l'autonomie

des succursales de banques à l'étranger est reconnue ; c'est le cas dans la quasi-totalité des législations organisant le secteur bancaire et ses activités. Ainsi, la directive BRRD du 15 mai 2014 reconnaît le principe d'universalité de la résolution en dotant l'État du siège du pouvoir d'organiser la procédure de redressement et de résolution de l'établissement de crédit défaillant y compris ses succursales dans d'autres États membres, mais dispose un nombre d'exceptions concernant les droits réels portant sur des biens situés dans d'autres pays membres ; la loi nationale de ces pays régira ces droits en tant que loi du lieu de situation du bien. Quant à la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice¹⁸, elle mentionne également que les succursales peuvent avoir accès à un refinancement séparément de leur siège. La directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière¹⁹ et la directive 2009/44/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres²⁰ se réfèrent également au lieu où le compte pertinent est localisé. S'il est vrai que ces deux textes ne se réfèrent pas explicitement à l'autonomie de la succursale dépositaire, la seconde consultation sur le projet de directive CE sur la certitude juridique de la détention et des transactions (Directive sur le Droit des Titres – DDT) se réfère bien à ce principe.

17 - À l'échelle internationale, les articles 1 et 4 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire vise le critère d'« établissement » par rapport à un intermédiaire, qui correspond à une succursale. Mentionnons enfin les règles de la Chambre de commerce internationale qui reconnaissent aux succursales de banques situées dans des pays différents la capacité de prendre des engagements distincts dans une chaîne de crédits documentaires ou de garanties autonomes²¹. Tous ces exemples sont reconnus par les législateurs et par les tribunaux comme une exception au principe général de l'unicité de la personne morale, rendue nécessaire par le contexte spécifique dans lequel l'exception territoriale s'impose au profit de la succursale titulaire de l'activité pertinente, ici en tant que teneur de compte.

18 - **La résolution de l'Association de droit international.** – C'est ce principe qu'affirme de manière éclatante la nouvelle résolution. Visant d'abord la spécificité du rôle de la banque dépositaire comme tiers saisi et la différence de ce rôle avec celui du débiteur, se référant ensuite à la divergence entre les juridictions nationales quant à l'effet de leurs mesures conservatoires ou voies d'exécution à l'égard des succursales de banques à l'étranger et l'incertitude juridique ainsi créée, la résolution reconnaît explicitement la doctrine de l'autonomie des succursales de banques situées dans des pays différents (*Separate entity doctrine*) en matière de mesures conservatoires et de voies d'exécution. Ce faisant, la résolution vise le principe de droit monétaire international de localisation des comptes de banque auprès de la succursale teneur du compte, et affirme :

11. Le substrat de l'arrêt *Eram* fut repris par la suite dans de nombreux arrêts, y compris par *House of Lords* dans *Kuwait Oil Tanker Co SAK v UBS AG* [2004] 1 AC 300.

12. 100 N.Y.S.2d 474, 476 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 1950), aff'd 282 A.D. 940 (1st Dep't. 1953).

13. *Fid Partners, Inc. v. Philippine Exp. & Foreign Loan Guarantee Corp.*, 921 F. Supp. 1113, 1119 (S.D.N.Y. 1996).

14. *Newtown Jackson Co. v. Animashuan*, 148 N.Y.S.2d 66, 67 (Sup. Ct. N.Y. Cnty 1955) (« [I]n a bank having many branches in diverse countries, an attachment of an account of deposit is valid only when made against the branch in which the account is held »).

15. 12 N.Y.3d 533, 541 (2009).

16. *Samsun Logix Corp. v. Bank of China, et al.*, No. 105262/10, 2011 WL 1844061, *8, 2011 N.Y. Misc. LEXIS 2268 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 2011) ; *Parbulk II AS v. Heritage Maritime SA, et al.*, Index No. 651285/2011 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. June 7, 2011) ; et plus récemment *Shaheen Sports et al. V. Asia Insurance Company et Tahir Hamid v. Habib Bank Limited and National Bank of Pakistan*, 98 - cv- 5951 et 11 - cv - 920.

17. Arrêt 5837, 5 nov. 1981.

18. *PE et Cons. CE, dir. 2000/12/CE, 20 mars 2000* : JOUE n° L 126, 26 mai 2000, p. 1.

19. *PE et Cons. CE, dir. 2002/47/CE, 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, modifiée par la Directive 2014/59 du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, art. 2, § 1, n) : JOCE n° L 168, 27 juin 2002, p. 43.*

20. *PE et Cons. CE, dir. 2009/44/CE, 6 mai 2009* : JOUE n° L 146, 10 juin 2009, p. 37.

21. Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (*Publ. ICC n° 600*), article 3, et Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (*Publ. ICC n° 758*), article 3(a), V. G. Afkaki et R. Goode, *A Guide to Uniform Rules for Demand Guarantees, 2011* : ICC Publ. Passim 2011.

(1) Une succursale de banque ne peut être considérée comme ayant la garde ou le contrôle de biens déposés auprès d'une autre succursale ou du siège à l'étranger ; et

(2) Les tribunaux ne devraient pas faire produire à leurs mesures conservatoires ou voies d'exécution des effets à l'égard des avoirs déposés auprès de succursales de banque situées à l'étranger.

19 - **Ce que la résolution ne dit pas.** – Lors des travaux préparatoires, les régulateurs bancaires et les autorités publiques chargées de combattre la criminalité et le blanchiment ont exprimé leur inquiétude de voir la résolution interprétée comme limitant leur pouvoir d'enquête à l'encontre d'un réseau international de banque dont le siège ou une succursale seraient situés dans leur juridiction territoriale. Bien qu'il existe de multiples traités d'entraide judiciaire ou d'accords entre régulateurs qui épargneraient aux banques à réseau international d'avoir à répondre directement aux enquêtes étrangères, on sait que la réalité est autre. La résolution a sagement choisi d'éviter ce débat étranger à ses motifs et a préféré écarter dans son article 1.2 son application aux actions des régulateurs et aux enquêtes en matière criminelle.

20 - Bien que la résolution ne l'indique pas explicitement, il va de soi qu'elle ne limite pas l'effet des conventions souscrites par le siège à l'égard de l'ensemble de ses succursales sauf exclusion explicite. C'est le cas notamment de l'effet des conventions de droit applicable et celles relatives à la juridiction compétente, dont les clauses compromissaires²². Il s'agit là d'une application élémentaire du principe général de l'unicité de la personne morale, qui ne peut être remis en cause par la résolution.

2. La territorialité prorogée : l'application des lois d'embargos à l'étranger

21 - Multilatérales ou unilatérales, primaires, secondaires ou tertiaires, les mesures d'embargos se multiplient. Elles s'affirment comme une alternative crédible et moins coûteuse aux campagnes militaires pour atteindre un objectif politique.

22 - Pour imposer le respect des mesures d'interdiction imposées par les embargos, les banques sont en première ligne : sans paiement, point de commerce ; sans financement, moins de développement. Si ces banques manquent de vigilance, elles sont durement sanctionnées au civil, voire au pénal, comme si elles étaient les parties initialement visées par la loi d'embargo.

23 - En partant du postulat que les lois sont promulguées pour s'appliquer à l'intérieur du territoire de la puissance publique promulgatrice sous peine d'enfreindre la souveraineté d'autres États, une première question se pose : quels sont les liens de rattachement qui peuvent aboutir à l'application d'une loi d'embargo à une opération bancaire internationale ? Certains facteurs sont incontestables dans leur pertinence : ils sont en majorité basés sur un lien territorial, parfois sur un lien personnel.

24 - Une loi d'embargo peut ainsi trouver application à titre de loi du siège de la banque ou de la succursale, qui effectue l'opération. D'autres liens de rattachement comprennent la loi choisie pour régir le contrat ou celle applicable à la situation, la loi du tribunal compétent pour le litige, la loi nationale des personnes impliquées dans l'opération fussent-elles résidentes à l'étranger ou encore la loi du territoire sur lequel des étrangers résidents commettent un acte contraire à la loi d'embargo en vigueur sur le territoire.

25 - À côté de ces liens de rattachement traditionnels figurent d'autres liens qui sont moins attendus ; pourtant ils aboutissent tout autant à l'application effective de la loi d'embargo à la situation *a priori* initiée et dénouée à l'étranger. C'est notamment le cas de la compensation des paiements (*clearing*) en monnaie du pays édictant l'embargo. Le gouvernement américain est celui qui défend le plus vigoureusement cette nouvelle doctrine. Ainsi, la compensation par un correspondant aux États-Unis d'un paiement en dollars à la fois conforme à la loi du pays où il a été initié, à la loi nationale des personnes qui sont impliquées dans l'opération sous-jacente ou dans l'exécution de l'ordre de paiement et à la loi régissant l'opération sous-jacente, mais qui est contraire à la loi américaine, serait un lien de rattachement suffisant pour permettre au gouvernement américain d'exercer sa juridiction et d'incriminer la banque initiatrice du paiement.

26 - La décision *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust*²³, rendu par le Queen's Bench il y a près de 30 ans apporte un éclairage utile à la question. Paradoxalement, elle ne fait que montrer l'incongruité de la territorialité prorogée des lois d'embargos modernes. Les faits peuvent être résumés comme suit. La banque libyenne disposait de deux comptes de dépôt auprès de Bankers Trust, le premier détenu auprès de la succursale à Londres, l'autre auprès du siège à New York le 7 janvier 1982. Elle donna au dépositaire une instruction de virement du solde. Sans être rejeté, son exécution a été suffisamment retardée pour tomber, le 8 janvier 1982 à 16h10, sous le coup du gel des avoirs libyens que le Président Reagan venait de décréter en le dotant d'une portée extraterritoriale comprenant également les avoirs déposés auprès de succursales à l'étranger de banques américaines.

27 - La banque américaine excipait bien sûr de l'illégalité de l'exécution de l'ordre de virement, l'opération en dollars ne pouvant se dénouer qu'au stade final de sa compensation aux États-Unis. Commencant par un raisonnement conflictuel, le juge britannique détermina que l'opération peut devenir illégale, soit selon le droit qui lui est applicable, soit selon le droit du lieu d'exécution. Or, décida-t-il, les instructions de paiement portaient sur des avoirs en compte, compte qui est régi par la loi du lieu où il est tenu, en l'occurrence à Londres. Le droit anglais ne restreignant pas la libre disposition des avoirs libyens, l'ordre de virement devait être exécuté. Encore fallait-il trouver un moyen pour exécuter matériellement l'ordre. Le juge passe alors en revue tous les moyens d'exécuter l'obligation de restitution du dépositaire : paiement en espèces (y compris la contrevalet dans une monnaie autre que le dollar), la délégation de paiement, le chèque endossable, etc. Il note que rien dans le contrat d'ouverture de compte ne limitait les retraits au seul dollar ou le paiement du solde de compte à un moyen entraînant une compensation aux États-Unis. Il en déduit que le dépositaire débiteur de l'obligation de restitution peut parfaitement se libérer par un autre moyen légal, par exemple en payant le déposant en livres.

28 - Cette approche consistant à retenir 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, et sans considérer la compensation ultime de la monnaie comme un facteur de rattachement prépondérant, reflète bien un principe de droit monétaire international qui est très généralement suivi. Depuis, il y a eu le Patriot Act²⁴, loi adoptée à la hâte le 26 octobre 2001 après les attentats du 11 septembre. Elle octroie des pouvoirs sans précédent, y compris en matière de lutte contre le terrorisme et le blan-

22. Sur le *ring-fencing* des succursales de banque, V. G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international : Banque et droit* 2003, n° 92, p. 67.

23. [1989] 3 WLR 314, per Staughton LJ.

24. USA Patriot Act. Pub. L. 107-56. 115 Stat. 272. 26 Oct. 2001.

chiment, au gouvernement américain à l'encontre des banques étrangères qui auraient un compte correspondant aux États-Unis. L'exercice du pouvoir exécutif dans le contexte actuel de lutte mondiale contre le terrorisme a sans doute contribué à l'émergence de nouveaux liens de rattachement des situations bancaires à côté de ceux traditionnellement retenus. Peut-on alors parler d'extraterritorialité ?

29 - Dans tous ces cas qui présentent un lien de rattachement, fût-il ténu ou indirect, l'application de la loi d'embargo à la situation ne relève pas de l'extraterritorialité. Et si elle aboutit à ce que l'autorité de poursuite ou le juge, par le biais de ce lien de rattachement se saisisse de l'ensemble de l'opération, y compris des parties éventuellement séparables qui ne présentent pas de liens de rattachement en soi, ce ne sera pas de l'extraterritorialité pure, mais une *territorialité prorogée*. Dès lors, si l'on écarte cette forme de territorialité prorogée du débat car il ne s'agit pas d'extraterritorialité, et que l'on écarte également l'application choisie par le juge du for d'une loi de police étrangère au titre de l'article 9(3) du règlement de Rome I, et que l'on écarte enfin le cas où la banque choisirait volontairement de se conformer à une loi d'embargo étrangère qui, objectivement, ne lui serait pas applicable ni au titre d'un lien territorial ni personnel²⁵, où se trouvent les vraies lois d'embargo extraterritoriales ?

30 - Les exemples ne manquent pas. Ils se rapportent malheureusement en majorité à des embargos unilatéraux n'ayant pas été transposés uniformément dans les différents États, occasionnant ainsi des conflits de lois et de juridictions assez complexes. C'est le cas par exemple de l'embargo décrété par les États-Unis en 1982 contre l'Union soviétique pour bloquer la construction du gazoduc transsibérien, car il prétendait s'appliquer également aux filiales à l'étranger de sociétés américaines et à l'exportation de produits utilisant des procédés sous licence américaine. C'est le cas également du renforcement des sanctions américaines contre Cuba en 1992, qui a ajouté à l'embargo une dimension extraterritoriale en interdisant aux filiales étrangères de sociétés américaines de traiter désormais avec Cuba. C'est enfin le cas du renforcement des sanctions américaines contre l'Iran en 2011 par le *National Defense Authorization Act*, qui a interdit à toute

banque, d'une quelconque nationalité, de financer en une quelconque monnaie une entreprise du secteur du pétrole ou du gaz iranien. Sans oublier bien sûr les sanctions secondaires ou tertiaires qui punissent ceux, à l'étranger, qui contournent des lois d'embargo en traitant avec les personnes listées dans les lois d'embargos, et ceux, également à l'étranger, qui traitent avec les premiers étrangers qui enfreignent l'embargo secondaire.

31 - Ces lois ont parfois suscité des contre-mesures. C'est le cas en Europe, d'abord au niveau des instances européennes avec le règlement du Conseil de 1996 qui interdit aux citoyens européens et leurs tribunaux de donner effet aux sanctions américaines sur Cuba, Iran et Libye²⁶, allant ainsi au-delà de la seule condamnation politique par le Conseil des ministres en 1982 de l'embargo américain sur le pipeline transsibérien. C'est le cas également de certains États membres, comme l'Allemagne, dont l'ordonnance sur le commerce extérieur interdit à toute personne en Allemagne de donner effet à une mesure unilatérale d'embargo ou de boycott. L'interprétation extensive généralement convenue de cette législation aboutit à interdire également la stipulation dans les contrats de déclarations de conformité à des mesures d'embargo étrangers non transposés en Allemagne.

32 - En conclusion, l'extraterritorialité en droit bancaire est un sujet vaste qui amène à traiter de lois de police à visée extraterritoriale, de contre-mesures tout aussi d'ordre public et de jugements aux effets prorogés au-delà des frontières du tribunal. Il s'agit là d'autant de facteurs d'incertitude pour les opérations internationales de banque. Comme de nombreuses autres situations liées à l'inflation de régulations trop hâtivement ou isolément préparées, ces situations bénéficieraient d'un dialogue *ex ante* entre les régulateurs, les législateurs, les juges et les secteurs économiques concernés, d'un respect des droits acquis à l'étranger, et enfin, d'une évaluation objective des coûts et des bénéfices qu'entraînent immanquablement toute mesure à visée extraterritoriale.

Mots-Clés : Droit Bancaire - Extraterritorialité
Extraterritorialité - Saisie des avoirs bancaires
Extraterritorialité - Loi d'embargo

25. Ce cas amène d'intéressantes questions de conflit de lois où la banque plaiderait l'exonération de ses obligations sur la base d'une interdiction contenue dans une norme étrangère qui ne lui est pas applicable.

26. Cons. CE, *action commune 96/668/PESC*, 22 nov. 1996 : JOCE n° L 309, 29 nov. 1996, p. 7. – Cons. CE, *règl. (CE) n° 2271/96*, 22 nov. 1996 : JOCE n° L 309, 29 nov. 1996, p. 1.