Protection de la souveraineté et respect des droits des entreprises : les limites de la coopération

La coopération entre les autorités de régulation européennes et internationales a pour objet de faciliter la poursuite des buts communs que nos démocraties se sont fixés, notamment en ce qui concerne la régulation des marchés, dont les acteurs et les actions ne s'arrêtent pas aux frontières, ainsi que la prévention et la répression des infractions financières dont les acteurs financiers peuvent être les canaux.

Cette globalisation des actions de régulation et de supervision ne doit pas pour autant faire oublier que les États sont souverains et que les autorités de chaque pays ne peuvent exercer pleinement leur pouvoir au-delà de leur for comme si le monde n'était constitué que de provinces. Les mécanismes de coopération ont abouti à la définition de circuits normés que les autorités étrangères doivent emprunter pour mener leurs investigations et il appartient aux entreprises, situées en France, qui sont l'objet ou les témoins de tentatives de contournements d'y résister avec les moyens que sont la loi de blocage et le secret bancaire. Il est de tradition de décréter que ces outils sont inefficaces, mais s'il y a eu indéniablement des résistances à leur application, il est du devoir de chacun d'y remédier et les signes se manifestent d'une capacité des autorités étrangères, aujourd'hui, à les reconnaître et les appliquer.

L'internationalisation de la coopération entre les autorités de régulation et de supervision doit également faire prendre conscience à ces dernières de la nécessité de ne pas fonctionner en circuit fermé. Certes, il faut faciliter les échanges d'information avec ses homologues étrangers, se définir des méthodes et des règles communes pour faciliter les buts qui ont été fixés. Mais il ne faut pas oublier les acteurs de cette économie, notamment les établissements financiers, qui ne sont pas soumis seulement à la supervision et aux règles fixées par lesdites autorités, mais également au contrôle du juge judiciaire. Or ce dernier, grand absent des discussions relatives à ces systèmes de coopération, ne sera pas nécessairement en mesure d'appliquer les règles que les régulateurs se sont fixées ou les accords (settlements) que certaines autorités étrangères auront arrêtés avec les entreprises françaises, soit parce que ces règles de *soft law* donnent une lecture contraire à la sienne des règles de droit applicable, soit parce qu'il hésite à appliquer à celui qui l'a saisi d'une demande, les accords signés avec un régulateur étranger par la partie défenderesse qui lui résiste, ce « contrat » n'étant ni opposable au demandeur ni entré dans le corpus de règles applicables à tous.

La coopération ne doit donc pas être qu'entre autorités de régulation ou de supervision, mais doit également passer par la prise en considération du rôle du juge, dont il ne faut pas oublier que c'est lui qui applique la loi à l'occasion des litiges dont il est saisi.

Au juge étranger, il faut faire comprendre qu'il existe des circuits pour l'exercice de cette coopération (I.). Au juge français, il faut offrir des moyens d'appliquer les règles et accords décidés par et avec les régulateurs français et étrangers (II.).

JULIEN MARTINET
Avocat associé
Hogan Lovells
Administrateur
de l'AEDBF-France

I. CROIRE À L'EFFICACITÉ DES OUTILS DE COOPÉRATION TRADITIONNELS ET EN FAIRE USAGE

1. Les outils de protection de la souveraineté : Loi de blocage, secret professionnel

La loi dite « de blocage » du 22 juillet 1968[1] est en réalité une loi d'aiguillage, qui fait interdiction aux entreprises françaises de fournir des documents et des informations aux autorités et juridictions étrangères qui en feraient la demande en direct sans passer par les circuits de la coopération internationale, c'est-à-dire notamment ceux définis par la Convention de la Haye de 1970 (pour les pays qui en sont signataires) ou par les accords de coopération passés entre autorités de régulation et de supervision (MOUs).

Cette loi, qui oblige également les entreprises françaises à signaler toute tentative de « court-circuit » à ces outils de coopération dont elles seraient l'objet, érige en infractions le défaut de respect de ces obligations sous des peines sévères d'emprisonnement (6 mois) et d'amendes (18 à 90 k€ pour les personnes morales) encourues par ceux qui y contreviendraient.

L'ambition de cette loi est notamment d'éviter toute demande dirigée vers une entreprise française et émanant directement d'une autorité étrangère dans le cadre notamment des procédures de *discovery* à l'américaine ou toute demande formulée devant les juridictions françaises directement par une entreprise étrangère visant, par exemple pour alimenter un procès à l'étranger, à

1. NDLR: Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

Le style oral de l'intervention a été conservé

obtenir communication d'informations et pièces dans le cadre d'un référé.

Le secret professionnel (article L. 511-33 du CMF), quant à lui, interdit aux établissements de crédit de révéler les informations et communiquer tout document qu'ils ont obtenu de leur client dans le lien de confiance qui gouverne leur relation, le tout sous peine de lourdes sanctions pénales. Ce secret cède, selon les exceptions posées par la loi, face à l'autorité de régulation française (AMF, ACPR...) ou européenne (BCE...), à la demande d'une autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale et, sur autorisation du client ou dans un procès fait par ce dernier contre la banque, mais est censé résister aux demandes du juge civil, même français, ou aux demandes des autorités réglementaires ou judiciaires étrangères.

Là encore, pour ces dernières, les demandes doivent passer par le mécanisme de la coopération internationale.

2. Les invoquer pour assurer leur efficacité

La Loi de blocage est souvent jugée inefficace car l'outil de coopération, trop lourd, ne serait pas appliqué, et parce qu'elle ne ferait pas obstacle à l'application de sanctions en territoire étranger.

L'on cite classiquement, aux États-Unis, l'arrêt de la Cour Suprême *Aérospatiale* du 15 juin 1987, et au Royaume-Uni, l'arrêt de la High Court of London *Heidberg c/ Grosvenor* (31 mars 1993) où l'on prête aux juges américains et anglais, auxquels il était opposé par l'entreprise française un empêchement aux demandes de communication de documents tiré de la loi de blocage, d'avoir conclu qu'ils n'avaient aucune raison d'appliquer une loi qui n'était pas même appliquée par les autorités françaises.

L'on retient également que la loi de blocage n'est pas vraiment appliquée en France puisque les sanctions pénales qu'elle prévoit n'ont été prononcées qu'une fois, contre un avocat français d'ailleurs, dans l'affaire *Executive Life* pour avoir transmis des informations concernant un assureur français à la demande du commissaire aux assurances de Californie, sans passer par les circuits de coopération, et qu'au plan civil, les jurisprudences françaises sont rares où l'argument de la Loi de blocage a été soulevé et retenu. On cite traditionnellement trois décisions de justice déjà anciennes (Nanterre 22 décembre 1993, *Juris-Data* 1993-050136 ; CA Versailles 16 mai 2001, JCP E 2007, 2330 ; TCom Paris 20 juillet 2005, *Juris-Data* 2005-288978).

Mais on aurait tort d'en déduire qu'il ne faut plus y croire. Cette loi existe et les juges, français ou étrangers, ont la capacité de l'appliquer. Le juge anglo-saxon, par son approche empirique tirée de la *Common law*, n'a d'ailleurs pas une approche binaire du sujet. Pour apprécier l'application de l'obstacle qui lui est opposé, tiré de la loi de blocage ou du secret bancaire, il recherchera selon ses propres critères l'utilité des informations qui lui sont demandées, la spécificité de la requête, l'existence d'alternatives et les intérêts nationaux respectifs en présence et si, à l'issue de son test, il en conclut que l'argument est fondé, il est censé le retenir. Les procédures de *discovery*, qui nous sont encore étrangères en procédure civile française, répondent à une logique qu'il faut comprendre pour mieux s'opposer aux demandes qui sortent du cadre.

Dans une affaire récente, le secret bancaire français a ainsi été opposé efficacement au juge new yorkais dans le contexte d'une procédure de *discovery* où il sollicitait communication, par plusieurs établissements de crédit, dont un localisé en France, d'informations sur les opérations liées au cours de l'or, ce qui supposait, afin de pouvoir tracer les flux d'une banque à l'autre, que le nom des personnes pour lesquelles les opérations étaient exécutées soit identifiable. Il y avait donc une nécessité de conserver une information nominative couverte par le secret professionnel ou en tout cas d'en assurer le suivi. Une proposition consistant à suivre ces identités par des codes garantissant l'anonymisation des intéressés tout en permettant le suivi des opérations a été entendue pour respecter le secret bancaire français. Le juge a constaté : « *there is no serious dispute that [the french bank]'s document production will contain at least some information that is subject to the French duty of secrecy [...] The French Statute does contain exceptions, including for French criminal proceedings and French regulatory and tax authorities – but no exception exists for civil lawsuits [...]* », avant de conclure : « *Defendant is GRANTED leave to pseudonymize customer identity information from such datasets* »[2].

Quant au juge français, il ne tient qu'aux entreprises qui lui sont soumises de soulever plus fréquemment l'argument de la loi de blocage ou du secret bancaire. Le faible nombre de procédures où l'argument de la loi de blocage est accueilli révèle en effet qu'il est surtout trop rarement soulevé. L'on citera qu'il existe tout de même quelques cas récents de son application.

Ainsi, la cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 4 juin 2014 (n° 14-01547), pour estimer que le premier juge, en référé, avait eu tort de condamner une société française spécialisée dans la fabrication de papiers à communiquer sous astreinte l'ensemble des informations et documents en lien avec un produit allégué de défectueux, a estimé que la réclamation adverse s'apparentait à une véritable pêche aux renseignements, destinée à alimenter un procès fait aux États-Unis, portant sur des produits et informations entrant dans le champ de l'interdiction prévue par la loi de Blocage du 26 juillet 1968 et rappelé qu'il appartenait à la société demanderesse de formuler sa demande via la coopération internationale en invitant le juge new yorkais à délivrer une commission rogatoire.

De même, la cour d'appel de Paris, dans deux décisions des 23 mai 2013 (n° 12/15084) et 28 septembre 2017 (n° 16/10468), écarte la loi de Blocage, mais précisément parce que les cas où elle était invoquée dérogeaient à son application.

Dans la première espèce, une entreprise commerciale étrangère tenant un registre d'informations sur les sociétés avait assigné un laboratoire médical sur le fondement de l'article L. 123-5-1 du Code de commerce, qui autorise tout intéressé à saisir le tribunal pour voir contraindre une

2. US District Court of New York, 6 mai 2019.

société qui ne publie pas ses comptes au greffe à s'exécuter. Le premier juge, sensible aux arguments d'espionnage industriel invoqués en défense par le laboratoire avait estimé, au visa de la Loi de blocage, que la société étrangère n'avait aucun intérêt légitime à sa demande, mais la Cour, constatant que le droit tiré de l'article L. 123-5-1 susvisé, ouvert à tout intéressé, constituait précisément une exception à la loi de Blocage, a accueilli la demande.

Dans l'autre espèce, c'est encore par dérogation à la loi du 26 juillet 1968 et donc en l'appliquant, et en invoquant les exceptions au secret professionnel que la Cour, par un arrêt confirmatif, rappelle que l'AMF, précisément sollicitée dans le cadre de la coopération internationale et visée au titre des personnes autorisées à recueillir des informations couvertes par le secret, peut communiquer des documents à des autorités étrangères exerçant des activités analogues et astreintes aux mêmes obligations sans porter atteinte à ces deux principes.

En somme, on le voit, il faut invoquer la loi de blocage et le secret bancaire dans les affaires où les demandes de communication de documents et pièces tendraient à passer par des circuits détournés. L'objectif n'est pas de faire barrage à la justice étrangère, dans notre monde globalisé ce serait illusoire, mais de canaliser les demandes dans le respect des procédures dont les pays se sont dotés et le respect des droits de chacun. Les établissements de crédit ne doivent pas être pris en étaux entre une justice qui devient prompte à ordonner des productions sous d'importantes astreintes et une clientèle qui est légitime à vouloir sauvegarder ses droits les plus fondamentaux. Il s'agit là d'un message qui est audible par les représentants des différentes autorités judiciaires de nos démocraties, d'autant plus que la loi de blocage, loin d'être tombée en désuétude, connaît un regain d'intérêt de la part des pouvoirs publics, via le décret n° 2019-206 du 20 mars 2019 (JO 21 mars) relatif à la gouvernance de la politique de sécurité économique qui confie au SISSE un rôle de coordination dans les demandes d'aiguillage, et de façon plus prospective dans le cadre des travaux parlementaires menés par le député Gauvain.

II. RECONNAISSANCE DES RÈGLES ET ACCORDS ÉMANANT DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Un autre enjeu de la coopération internationale face à la souveraineté nationale tient à la nécessité pour les autorités de régulation, lorsqu'elles définissent des normes et leurs règles d'interprétation, qu'elles entendent imposer aux entreprises, et lorsqu'elles scellent un accord avec les entreprises ou homologuent celui qui a été trouvé avec un régulateur étranger, de faire en sorte que le droit qui en résulte soit opposable à tous afin qu'il ne soit pas en contradiction avec une norme de portée générale par ailleurs appliquée par le juge.

Il n'y a rien de plus inconfortable pour une entreprise que d'être liée à son régulateur par une règle qui n'est connue et appliquée que d'eux et d'être exposée au risque que le juge, qui applique le droit, en ait une lecture différente. Il en résulte un conflit de devoirs qu'il faut régler.

1. Le risque de contrariété avec les solutions retenues par les juridictions

On donnera deux exemples.

a. L'engagement d'une banque, par convention signée des autorités de poursuite américaines et de l'autorité de régulation française (ACPR), de mettre en œuvre un plan de conformité en accord avec les règles de l'OFAC, et donc son engagement à ne pas effectuer d'opération en lien direct ou indirect avec l'Iran, est assurément un accord contraignant pour la banque dont tout manquement peut donner lieu à l'application non seulement de sanction de la part de l'autorité américaine qui en est signataire mais également, théoriquement, de la part de l'autorité française qui en est cosignataire.

Pour autant, cet accord n'est pas une convention internationale au sens de l'article 55 de la Constitution et n'a pas non plus la valeur d'une loi ou d'un règlement. Il n'est donc pas – en soi – opposable aux tiers et susceptible d'invalider un texte de loi ou un règlement qui viendrait prévoir un principe contraire.

L'on peut imaginer le dilemme d'un juge auquel il est demandé de retenir la responsabilité de la banque lors de son refus d'ouvrir un compte, lors d'un retard ou refus d'exécution d'une opération de paiement ou à l'occasion de la rupture d'une relation bancaire, lorsque le motif exprès ou tacite tient à l'existence d'un tel accord dont le demandeur aura exposé qu'il ne lui est pas opposable.

b. L'ACPR, dans ses principes d'application sectoriels relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le cadre du droit au compte, retient que les établissements bancaires sont dispensés de motiver la clôture d'un compte ouvert sur injonction de la banque de France lorsque les motifs de la clôture ont donné lieu à une déclaration de soupçon. Ces mêmes principes exposent qu'en présence d'une opération dont la banque a des raisons de soupçonner qu'elle pourrait être le support d'une infraction, l'établissement se dispense d'exécuter l'opération (Principes d'application sectoriels relatifs aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans le cadre du droit au compte, 25 avril 2018, n° 39 à 42).

Le droit de ne pas exécuter le paiement est ici une interprétation des textes de droit commun relatifs au paiement (L. 133-10 et suivants du CMF), qui définissent l'obligation de prompte exécution, et de ceux relatifs à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (art. L. 561-2 et suivants). Quant au droit de ne pas motiver la rupture, il est tiré d'une interprétation de l'article L. 312-1 IV du CMF relatif à la rupture de la relation ouverte au titre du droit au compte, qui dispense la banque de motivation lorsque celle-ci est de nature à porter atteinte à la sécurité nationale. La formule est assez énigmatique, mais il faut comprendre, selon ce qu'en déduit l'ACPR dans ses principes, comme constituant une infraction pénale, « *du fait de la révélation de la déclaration de soupçons* ».

L'interprétation de ces deux points par l'ACPR n'est pas à proprement parler irrégulière. Elle a même sa logique,

mais elle peut être contraire à l'appréciation d'un tribunal qui peut ne pas s'estimer lié par un texte de droit souple, ce que sont clairement les principes d'application sectoriels. Là encore, l'établissement de crédit peut être placé dans un conflit de devoirs s'il est dénié à la banque la faculté de retenir un paiement en estimant que la banque n'a pas à se faire juge de sa régularité et en exigeant d'elle une motivation de la rupture, afin de lui permettre d'exercer son contrôle, même lorsqu'elle serait susceptible d'être liée à des faits ayant donné lieu à déclaration de soupçon (CA Grenoble 6 décembre 2018 (n° 18-02616)).

L'une des vertus de la loi est la sécurité juridique qui en résulte, du moins quand elle est claire à la fois dans ce qu'elle dit et dans le fait qu'elle soit applicable à tous. Si ces critères ne sont pas réunis, il ne peut en résulter que frustrations et injustices.

2. Travailler à l'unité de la règle

Il y a deux façons de régler la difficulté ici évoquée. Soit inviter le régulateur et les autorités étrangères, lorsqu'ils élaborent des règles de droit souple ou qu'ils arrêtent des décisions transactionnelles, à les soumettre au processus conventionnel ou législatif afin de leur donner la valeur de norme. Soit amener le juge à tenir compte de ces règles, telles qu'elles existent (toute *soft law* ou droit étranger qu'elles soient). Celles-ci ne peuvent, en effet, être ignorées par les tribunaux, dans la mesure où elles imposent à leurs justiciables des comportements auxquels ces derniers sont tenus sous peine de sanctions.

De ce dernier point de vue, le juge dispose des moyens de reconnaître la normativité de ces normes et accords.

Il existe d'abord des exemples où les tribunaux ont tenu compte de règles de *soft law* pour en tirer des principes de responsabilité. Ainsi, l'ancien dirigeant d'un groupe de BTP a été condamné pour des faits d'abus de pouvoir caractérisés par le fait d'avoir fait avaliser par le conseil d'administration le renouvellement du comité des rémunérations, au motif que cela était contraire aux recommandations relatives à l'éthique des dirigeants d'entreprise, tiré des usages de la profession (CA Versailles 19 mai 2011 – cité par le Soft Law en matière financière, le point de vue des praticiens, RDBF, n° 1, janvier 2012, dossier 6). De même pour apprécier la responsabilité des médecins, les juges se réfèrent aux recommandations de la Haute autorité de santé et estiment qu'elles sont source de responsabilité lorsqu'elles sont rédigées « *de façon impérative* » (CE 26 septembre 2005, cité in « Le droit souple de la responsabilité civile », Lucien Morin, *RTD Civ.* 2015, p. 517). Le Conseil d'État a également cessé d'opposer que les actes de droit souple ne faisaient pas griefs et a pu autoriser le recours pour excès de pouvoir contre des communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers (CE, 21 mars 2016, *Fairvesta International GMBH*, en l'occurrence appelant les investisseurs à la vigilance à l'égard de plusieurs produits financiers commercialisés par la société Fairvesta), la prise de position de l'autorité de la concurrence au bénéfice d'un opérateur de chaîne de télévision au vu d'une autorisation de concentration (CE 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*), des communiqués de presse du CSA (CE 10 octobre 2016, *Mme A*, n° 38491, 38692, 394107) et les lignes directrices d'autorité de régulation en matière de télécommunication (13 décembre 2017, *Bouygues Télécom*, n° 401799, 401830 et 40191, au recueil).

S'agissant du droit étranger et des accords de nature contractuelle qui s'imposent aux établissements, le Code de procédure civile prévoit également, à son article 12, que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Si le droit applicable est un droit étranger, il doit en tenir compte, de même que les contraintes qui en résultent pour les entreprises qui sont soumises à d'éventuels accords.

On remarquera, à ce titre, la décision du Tribunal de Commerce de Paris du 23 janvier 2020 qui reconnaît la pression que représentent pour les entreprises françaises les sanctions américaines.

Après que le juge des référés a écarté la demande en rétablissement d'un contrat de prestations informatiques sous astreinte demandée par une banque iranienne installée à Paris, le juge du fond, saisi via la passerelle, valide la rupture prononcée par ce prestataire en raison du risque de sanction que ce dernier est jugé légitime à invoquer au soutien de sa décision. Le juge retient en effet que « *l'inscription de la Banque et de sa succursale à Paris à la "Sanctions List Search" de l'OFAC, désignées aux termes de cette liste en tant que "Specially Designated Global Terrorist"* » (SDN-SDGT) revêt un caractère « *soudain et imprévisible [...] que le risque de sanction encouru par [le prestataire] est réel et significatif ; que ce risque se trouve même aggravé par le fait que le nouvel actionnaire [du prestataire] est lui-même significativement implanté aux États-Unis ; que les exemples de telles sanctions sont multiples et ont porté sur des sommes très élevées dont il n'est pas rapporté que les sociétés ayant eu à s'en acquitter aient pu en être Compensées sous quelque forme que ce soit [...] qu'au regard de sanctions financières de cette importance, il y a bien, par ailleurs, une disproportion manifeste entre le risque d'une telle sanction pour [le prestataire] et la rémunération de sa prestation par la Banque, au sens de l'article 1221 du Code civil qui dispose que "le créancier d'une obligation peut, après une mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier"* ».

On le voit, associer les tribunaux à nos réflexions sur le développement de la coopération internationale est une nécessité. Cela passe sans doute par des réflexions au stade de l'élaboration des règles et systèmes de coopération à mettre en place, mais également, au stade de l'application, par la mise en avant, dans les débats judiciaires, des moyens articulés autour du respect des circuits de coopération et de la reconnaissance des normes et contraintes résultant de cette coopération et pesant sur les entreprises, et c'est aux entreprises de porter ce débat. ■

NDLR : Le style oral des interventions a été conservé.