

II.C. Régulation internationale

LE GEL DES AVOIRS



Julien MARTINET
*Avocat Associé,
 Cabinet Jeantet (Paris)
 Chargé d'enseignement
 à l'Université Paris I
 Panthéon-Sorbonne*

&



Marion CHAZEAU
*Avocat,
 Cabinet Jeantet (Paris)*

Avec la collaboration de



Igor KRASOVSKIY
*Avocat Counsel, Cabinet
 Jeantet (Kiev)*

&



Dr. BALÁZS KUTASI
*LL.M., Avocat, Cabinet
 Jeantet (Budapest)*

Les sanctions financières contre des États souverains et leurs ressortissants sont devenues des outils de politique étrangère et de sécurité dont le champ d'application s'est étendu ces quinze dernières années (I). Les institutions bancaires et financières qui les exécutent sont au cœur du processus de gel (II). Il est important de préserver les droits des personnes frappées, parfois à tort, par ces mesures (III), mais aussi de leurs créanciers, qui attendent un paiement ou une prestation (IV). Il est proposé ici un bref panorama de la matière, principalement en droit international, européen et français, illustré par quelques points de vue et actualités de droit comparé.

I. Un champ large

A. Origine et évolution

Les mesures de gel ont été à l'origine instaurées par la SDN, puis par l'ONU, avec pour objectif la préservation de la paix et de la sécurité internationale (lutte contre le terrorisme ou la prolifération des armes, la répression politique et l'instabilité géopolitique régionale). D'importantes étapes ont été franchies au début des années 1990, puis après les attentats du 11 septembre 2001 et la transposition, par le Conseil de l'Union européenne, de la résolution CSNU 1373(2001) dans l'arsenal législatif communautaire via l'adoption d'une posi-

tion commune⁽¹⁾ et d'un règlement⁽²⁾ du 27 décembre 2001 définissant un régime de gel des avoirs terroristes et dressant la liste, actualisée depuis lors au minimum tous les six mois, des personnes et entités visées⁽³⁾. Le Conseil de l'UE a également transposé en droit européen la résolution CSNU 1267(2001) visant le gel des avoirs d'Al Qaïda, devenue depuis 2016 Al Qaïda/Daech. L'Union européenne transpose systématiquement les résolutions CSNU, terroristes comme non terroristes, en les complétant⁽⁴⁾, le cas échéant, par des mesures « autonomes ».

Le gel des avoirs est devenu par la suite et à côté de la lutte contre le terrorisme un instrument de la politique étrangère et de sécurité commune (« PESC ») de l'Union⁽⁵⁾ destiné à infléchir la conduite de certains États tiers et des personnes afin de les amener à respecter les principes de paix et de sécurité définis notamment par la Charte des Nations Unies⁽⁶⁾. Il a ainsi été appliqué à la Libye ou à la Syrie pour faire cesser l'emploi de la violence à l'encontre de civils et les menaces d'entrave à une transition politique⁽⁷⁾, à la Biélorussie ou la Côte

1. Position commune 2001/931/PESC.
2. Règlement (CE) n° 2580/2001.
3. www.consilium.europa.eu/fr/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/.
4. Art. 215 TFUE.
5. Lignes directrices relatives à la mise en œuvre des mesures restrictives (sanctions) 15579/03 – PESC 757.
6. Art. 21 TUE.
7. Décision 2011/137/PESC relative à la situation en Libye.

d'Ivoire, pour atteinte aux normes électorales internationales⁽⁸⁾, à l'Irak, pour son refus de se conformer à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies⁽⁹⁾, ou encore à la Corée du Nord en raison de son programme nucléaire, balistique et militaire. La liste de personnes qui accompagne chaque mesure est accessible en version consolidée sur le site Internet du Conseil européen et de l'UE⁽¹⁰⁾.

Dans les États membres de l'UE, les règlements européens sont directement applicables et dans toutes leurs dimensions aux personnes⁽¹¹⁾. Tel n'est pas le cas en revanche des résolutions CSNU qui ne s'imposent qu'aux États et qui doivent donc être transposées.

En France, le législateur a intégré dans le Code monétaire et financier un dispositif autonome permettant à l'autorité administrative, en l'occurrence le ministre chargé de l'Économie, seul⁽¹²⁾ ou conjointement avec le ministre de l'Intérieur⁽¹³⁾, de geler les avoirs de ceux qui participent ou facilitent la commission d'actes de terrorisme ou d'actes sanctionnés ou prohibés par les résolutions de l'ONU ou les règlements de l'UE. Ce dispositif national autonome permet aux autorités françaises d'appliquer immédiatement en droit interne les mesures de gel adoptées par l'ONU sans attendre leur transposition en droit de l'UE par voie de règlement et d'étendre leur application à ceux des territoires d'outre-mer qui ne sont pas soumis au droit de l'UE⁽¹⁴⁾.

Certains pays d'Europe hors UE se sont dotés de dispositifs comparables. Ainsi, l'Ukraine, après le conflit armé déclenché sur son territoire par la Fédération russe, a adopté une loi du 14 août 2014⁽¹⁵⁾, conférant aux autorités nationales, à savoir le président⁽¹⁶⁾ et le Conseil national de sécurité et de défense (NSDC)⁽¹⁷⁾, le pouvoir d'appliquer des sanctions contre des États, entités et individus étrangers menaçant la sécurité nationale et l'intégrité du territoire ukrainien. Des mesures restrictives ont été prises le 16 septembre 2015.

Il s'agit donc d'un dispositif auquel il est recouru de manière croissante.

8. Position 2006/276/PESC concernant des mesures restrictives à l'encontre de certains fonctionnaires de Biélorussie.

9. Résolution CSNU 1483(2003) relative à l'Irak.

10. www.consilium.europa.eu/fr/home/.

11. Art. 288 TFUE.

12. Art. L. 562-1 du Code monétaire et financier (CMF).

13. Art. L. 562-2 du CMF.

14. Art. 198 TUE.

15. Law of Ukraine « On Sanctions » du 14 août 2014.

16. Décret du président ukrainien n° 549/2015 du 16 septembre 2015.

17. Décision du Conseil national de sécurité et de défense « On Application of individual Special Economic and Other Restrictive Measures (Sanctions) » du 2 septembre 2015, modifiée le 17 septembre 2015.

B. Définition du gel et sort des avoirs

Le gel des avoirs est défini par l'objectif recherché : il doit, en substance, empêcher le mouvement ou l'usage de toutes catégories d'avoirs, notamment financiers. Quant aux moyens de ce gel, on comprend que les banques et institutions financières, dépositaires et gestionnaires de ces actifs, en sont les principaux opérateurs.

Le gel prend fin par une décision de levée de la mesure, qui rend les actifs à nouveau disponibles pour leur propriétaire, sauf dans le cas irakien, où les fonds ont vocation à être transférés par les États aux « mécanismes successeurs du fonds de développement pour l'Irak », et dans celui des régimes d'« avoirs mal acquis » (ex. : Tunisie, Égypte), où les avoirs doivent être restitués au gouvernement légitime à l'issue d'une procédure judiciaire.

II. La mise en œuvre par les établissements bancaires et financiers du gel des avoirs

A. Identification et blocage des comptes

Ceux qui détiennent les avoirs des personnes listées doivent, « sans délai », les geler et fournir aux autorités compétentes de leur pays, en France la Direction générale du Trésor, en Ukraine la Banque nationale d'Ukraine, toute information concernant l'état des comptes gelés et coopérer avec elles pour la vérification des informations fournies, sans préjudice des règles applicables en matière de secret professionnel.

L'identification des personnes ciblées peut s'avérer difficile. Leur état civil n'est pas toujours défini précisément sur les listes onusiennes ou européennes et l'orthographe peut varier dans les 24 langues officielles de l'UE et dans la transcription qui en est faite dans les documents officiels présentés par les intéressés aux banques pour l'ouverture de leur compte.

Le fait qu'une personne fasse l'objet d'une mesure restrictive, y compris de gel des avoirs, n'impose pas nécessairement à l'organisme financier de procéder à une déclaration de soupçon à Tracfin. Le profil de la relation d'affaires doit toutefois être réévalué au regard de cette mesure et l'établissement financier doit adapter son niveau de vigilance en conséquence.

Les banques doivent aussi se doter « de dispositifs adaptés à leurs activités permettant de détecter toute opération au bénéfice d'une personne ou d'une entité faisant l'objet d'une mesure de gel des fonds, instru-

ments financiers et ressources économiques »⁽¹⁸⁾, dont elles restent responsables même en cas d'externalisation de la prestation⁽¹⁹⁾.

Si le gel interdit en principe tout usage ou transfert des actifs concernés, les opérations portées au crédit du compte sont en revanche autorisées, qu'il s'agisse des intérêts produits ou de paiements reçus de tiers. Les sommes sont bien sûr gelées et les opérations portées à la connaissance de l'autorité compétente.

B. Les sanctions encourues

Le non-respect des textes relatifs au gel des avoirs est sanctionné par l'amende. La Banque nationale de Hongrie a ainsi été condamnée à de lourdes amendes pour avoir ouvert des comptes bancaires à des clients de Guinée-Bissau, sous sanctions internationales⁽²⁰⁾. En France, l'amende est « égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction »⁽²¹⁾, et portée au quintuple pour les personnes morales déclarées pénalement responsables, sans préjudice des sanctions additionnelles de l'article 131-39 du Code pénal telles la dissolution, l'interdiction d'exercice et la fermeture définitive de l'établissement, étant précisé que les banques sont également exposées à des sanctions disciplinaires et/ou financières⁽²²⁾ en cas de manquement à leurs obligations.

Elles bénéficient néanmoins d'un régime de responsabilité allégé dans l'exécution de leurs obligations, lorsqu'elles ont agi de bonne foi, vis-à-vis des personnes dont elles bloquent les avoirs et de leurs créanciers⁽²³⁾ qui pourraient chercher à diriger contre elles des réclamations.

III. Les droits de la personne dont les avoirs sont gelés

A. Droit à l'information

Afin de préserver l'efficacité de la mesure de gel, aucune information préalable n'est délivrée à celui contre lequel elle est mise en œuvre⁽²⁴⁾. Une fois adoptée par le Conseil de l'UE, la mesure doit être portée à la connaissance de l'intéressé « aussi rapidement que possible »⁽²⁵⁾ par une notification individuelle à chaque fois que cela est possible⁽²⁶⁾. À défaut, l'information sera assurée par la publication d'un avis au *Journal officiel*⁽²⁷⁾.

Par ailleurs, le Conseil de l'UE a l'obligation de motiver les raisons qui l'ont conduit à adopter des mesures restrictives individuelles⁽²⁸⁾, de façon claire et non équivoque, en portant à la connaissance de la personne les éléments de fait et de droit ayant justifié la mise en place d'une mesure de gel⁽²⁹⁾. Cette obligation doit permettre à l'intéressé de pouvoir contester le bien-fondé et la régularité de la décision de gel et au juge de l'Union d'exercer le cas échéant son contrôle sur la légalité de l'acte querellé⁽³⁰⁾. Enfin, la personne dont les fonds sont gelés doit être informée des cas de dérogation et de dégel applicables⁽³¹⁾, ainsi que de l'existence et des modalités des voies de recours.

B. Droit au recours

En droit français, un recours gracieux peut être effectué devant l'autorité administrative ayant pris la décision de gel et un recours contentieux devant le juge administratif, qui peut être saisi en référé (procédure accélérée) ou au fond. En droit européen, le recours gracieux est effectué devant le Conseil de l'UE et le recours contentieux en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) dans un délai de deux mois à compter soit de la date de publication de l'acte mis en cause⁽³²⁾, soit de sa notification au requérant, soit du jour où ce dernier en a eu

18. Art. 47 de l'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.

19. Décision de l'ACP du 27 novembre 2012, n° 2011-03.

20. Décision de la Banque nationale de Hongrie du 15 septembre 2014 (décision n° H-JÉ-I-B-474/2014) ; application des articles 183-198 de l'Acte CCXXXVII de 2013 portant sur les institutions de crédit et les entreprises financières.

21. Art. 459 du Code des douanes.

22. Art. L. 612-39 du CMF.

23. Art. 85 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

24. T.U.E., 13 septembre 2013, *Makhoulouf/Conseil*, aff. T-383/11.

25. C.J.U.E., 16 septembre 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil de l'UE*, aff. C-548/09 P.

26. T.U.E., 16 juillet 2014, *Hassan c. Conseil de l'UE*, aff. T-572/11.

27. Ex. : art. 46.3. du règlement n° 267/2012 relatif à l'Iran.

28. Principe rappelé par l'article 296 TFUE.

29. T.U.E., 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran c. Conseil*, aff. T-390/08, *Rec.*, p. II-3967, point 81.

30. C.J.U.E., 15 novembre 2012, *Conseil c. Bamba*, aff. C-417/11 P, *Rec.*, ECLI:EU:C:2012:718, point 49.

31. Code de bonne conduite.

32. C.J.U.E., 23 avril 2013, *Laurent Gbagbo et autres c. Conseil de l'UE*, aff. C-478/11 P à C-482/11 P.

connaissance⁽³³⁾. S'agissant de l'ONU, les demandes de retrait des listes se forment auprès du Service du secrétariat des organes subsidiaires du Conseil de sécurité. L'introduction d'un recours gracieux ou contentieux à l'encontre d'une décision de gel ne suspend pas les effets de la mesure⁽³⁴⁾.

En cas d'annulation de la décision du Conseil de l'UE, notamment en raison d'un vice de procédure lors de l'adoption de la mesure de gel, tel le défaut de motivation, le retrait de la liste de gel intervient 60 jours après le prononcé de la décision juridictionnelle afin de permettre au Conseil la réinscription de la personne sur une base juridique conforme au droit. À titre exceptionnel, la Cour peut décider de l'annulation immédiate de la mesure de gel.

Dans certains pays, comme en Ukraine, la législation interne ne prévoit pas expressément de voie de recours aux personnes concernées par la mesure de gel. La C.E.D.H. a pu retenir en 2013 à l'égard de la Suisse, qu'il avait été manqué au droit à un procès équitable de la personne inscrite pour ne l'avoir pas mise en mesure de contester la décision de l'ONU⁽³⁵⁾.

C. Immunités

L'immunité des ambassades et banques centrales les préserve des saisies qui pourraient être pratiquées contre elles⁽³⁶⁾ mais elle ne les protège pas en revanche des mesures de gel dont elles peuvent faire et font régulièrement l'objet.

D. Droit de propriété

La C.J.U.E. reconnaît le droit de propriété comme un principe général du droit communautaire⁽³⁷⁾ mais considère qu'il n'est pas une prérogative absolue et que des restrictions peuvent y être apportées, à condition qu'elles répondent à des « objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti »⁽³⁸⁾. De la même façon, il n'y a pas atteinte

au droit de propriété des individus qui sont atteints par une mesure de gel au titre des « sanctions » visant à ce qu'un État se conforme aux exigences du droit international, la C.J.U.E. estimant que « l'importance des objectifs poursuivis » justifie « des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs, y compris ceux qui n'ont aucune responsabilité quant à la situation »⁽³⁹⁾ et ce, d'autant que la sanction n'impose en général qu'une indisponibilité temporaire et que des voies de recours sont ouvertes.

Selon la jurisprudence, ces mesures de gel globales ne portent pas une atteinte injustifiée aux droits des personnes listées dans la mesure où l'intérêt protégé est un intérêt général et que des voies de recours sont ouvertes, d'abord amiables, auprès des banques en cas par exemple d'homonymie, puis administratives, auprès du Trésor, et enfin contentieuses, devant les juridictions administratives.

E. Aménagements de la mesure de gel

La mesure de gel peut enfin faire l'objet d'aménagements, car elle ne doit pas avoir pour conséquence d'exposer la personne dont les avoirs sont gelés, ou un membre de sa famille, à un traitement inhumain ou dégradant, ni la priver de soins, de nourriture ou d'assistance. Le guide de bonne conduite du Trésor précise ainsi que les établissements financiers mettant en œuvre la mesure de gel peuvent valablement payer, outre les honoraires des avocats assurant à la personne visée une défense réelle et effective, les dépenses de base, notamment les loyers, remboursements d'emprunts, primes d'assurances et mutuelles, les dépenses liées à la santé, les impôts, à condition que ces paiements s'inscrivent dans une continuité historique et que la somme soit remise directement par la banque au créancier.

En outre, des dérogations permettent aux autorités compétentes des États membres d'autoriser, selon les modalités qu'elles estiment nécessaires, l'utilisation des fonds gelés⁽⁴⁰⁾. Elles pourront ainsi autoriser la poursuite d'activité d'une personne morale frappée par une mesure de gel sous réserve que l'activité soit conforme à l'ordre public international et aux principes de la PESC.

IV. Les droits des créanciers

Les textes distinguent généralement les créances nées avant la mesure de gel, dont le titulaire peut demander à l'autorité compétente, en France le Trésor, et sous

33. Art. 263 TFUE.

34. Ex. : art. 278 TFUE pour la C.J.U.E.

35. C.E.D.H., 26 novembre 2013, aff. *AL Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 346(2013).

36. Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 19-72.057, *Bull. civ.*, n° 53, sauf s'il est prouvé que l'usage ou la provenance des avoirs n'est pas conforme à la mission protégée par l'immunité.

37. Défini aux articles 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

38. C.J.U.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés euro-*

péennes, aff. C-402/05P et C-415/05P ; C.J.U.E., 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*.

39. C.J.U.E., 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Zurizm ve Ticaret c. Ministre des transports et de l'énergie*, aff. C-84/95.

40. Ex. : art. 5, § 2, du règlement n° 2580/2001.

certaines conditions⁽⁴¹⁾, le paiement sur les fonds gelés, et les créances nées postérieurement à la mesure de gel, contractées avec une entité dont les avoirs étaient déjà gelés et pour lesquelles, en principe, aucune demande de paiement ne sera recevable.

Les saisies d'actifs gelés, lorsqu'elles ne sont pas interdites par les textes, peuvent, en France, être utiles au créancier afin de prendre rang dans l'attente de la levée du gel ou de l'instruction de la demande de déblocage en sa faveur qu'il a pu formuler auprès du Trésor⁽⁴²⁾. Dans l'intervalle, néanmoins, les avoirs demeurent « indisponibles » par l'effet de la mesure de gel et la saisie est ainsi dépourvue d'effet attributif⁽⁴³⁾.

Les mesures de gel sont également susceptibles d'impacter les rapports contractuels. Il est généralement admis que la convention conclue avant la mesure de gel frappant l'un des cocontractants devra en principe être résiliée si la mesure est définitive, son exécution pouvant être suspendue si le gel est temporaire. En Hongrie, un comité d'arbitrage a ainsi considéré que les sanctions imposées par les Nations Unies à la Yougoslavie constituaient des cas de force majeure

déchargeant le vendeur de son obligation de payer les marchandises pendant la période de l'embargo⁽⁴⁴⁾.

Le juge hongrois a également récemment retenu qu'une mesure de gel pouvait affecter les contrats accessoires ou liés, alors même qu'aucune des parties contractantes n'est soumise à ces sanctions, et décidé que les contre-garanties entre institutions financières ne peuvent pas être exécutées si le bénéficiaire de celles-ci, situé à la fin de la chaîne de garanties, est sous sanctions⁽⁴⁵⁾.

Conclusion

Le développement des mesures de gel comme instrument de la politique de sécurité commune pourrait être le prélude à une augmentation des contentieux en Europe. En Hongrie, ce phénomène devrait être significatif à la suite notamment des mesures imposées à la Russie, dont les dommages à l'économie hongroise sont évalués à près de 3,9 milliards d'euros⁽⁴⁶⁾.

41. Art. R. 562-4 et R. 562-5 du CMF.

42. TGI Paris (JEX), 20 décembre 1995.

43. CA Paris, 25 juin 2015, n° 14/10825.

44. Sentence arbitrale de la Cour d'arbitration de Budapest, 10 décembre 1996, aff. n° VB 96074.

45. Arrêt partiel de la Cour métropolitaine de Budapest, 19 novembre 2015, n° 29.G.41.612/2015/20.

46. Estimation publiée par le ministère de l'Économie nationale d'Hongrie.