

L'impérialisme juridique ?

*Patrick KINSCH, Avocat à la Cour,
Professeur invité à l'Université du Luxembourg*

Le titre de cette présentation est le résultat de la combinaison d'un titre suggéré par les organisateurs de ce colloque – « L'impérialisme juridique », sans point d'interrogation, et d'un point d'interrogation ajouté par l'auteur de la présentation.

I.

« L'impérialisme juridique » : sous cette forme, le titre devait signaler le lien qui existe, par exemple, entre la volonté d'application extraterritoriale de certaines lois américaines dans le secteur financier ayant une incidence directe sur le fonctionnement de la place financière luxembourgeoise, et une perte de souveraineté regrettable de l'ordre juridique luxembourgeois. De quelles lois s'agit-il ? Du FATCA notamment – le *Foreign Account Tax Compliance Act*, qui représente le dernier effort en date du législateur américain dans le domaine de la lutte contre ce qui est perçu, aux États-Unis, comme un grave abus du secret bancaire étranger par des citoyens américains qui sont soumis, conformément au droit fiscal des États-Unis, à l'imposition de leurs revenus mondiaux¹.

Le FATCA prévoit qu'en principe, les revenus de source américaine payables à des *Foreign Financial Institutions* et à des *Non-Financial Foreign Entities* seront désormais soumis à une retenue à la source de 30 %, à moins que ces institutions s'engagent à la communication automatique d'informations sur les comptes détenus par des personnes physiques ou morales de nationalité américaine². « FATCA » est d'ailleurs un acronyme, et même un acronyme humoristique – il arrive au législateur américain d'avoir le sens de l'humour. L'acronyme « FATCA » a été

1. Le FATCA, promulgué en 2010, a été inclus en définitive dans le *Hiring Incentives to Restore Employment Act 2010*. Il est codifié au 26 USC §§ 1471-1474.

2. Pour les détails, voir p. ex. J. Wheeler, « FATCA and Funds – Where Are We Now ? », *Business Law International*, vol. 13 (2012), p. 143 et s.

choisi en raison de sa ressemblance avec l'expression *fat cat*. Un « fat cat » est, dans ce contexte, un *high net worth individual* qui se livre à la fraude fiscale. Comme on l'imagine bien, les *fat cats* ne sont pas populaires aux États-Unis, et la fraude fiscale y est depuis toujours considérée comme un cas gravissime de criminalité en col blanc. Le fait que des États étrangers puissent par particularité culturelle considérer la lutte contre la fraude fiscale comme n'étant pas un objectif politique de premier ordre n'intéresse pas les États-Unis. Ils entendent obtenir la coopération des institutions financières, même étrangères, dans leur lutte contre les *fat cats*.

Le FATCA n'est pas la première loi américaine de ce type. Avant lui, il y eut le mécanisme du *Qualified Intermediary*; ce mécanisme a eu, lui aussi, une incidence notable sur la place financière luxembourgeoise³, qui ne peut évidemment pas se permettre de ne pas traiter avec les États-Unis. Dans un autre domaine, celui de la *corporate governance*, il y a la loi Sarbanes-Oxley de 2002, qui porte pour titre intégral : « *An Act To Protect Investors by Improving the Accuracy and Reliability of Corporate Disclosures Made Pursuant to the Securities Laws, and for Other Purposes* » ou plus brièvement Sarbox ou SOX. Cette loi, qui fait suite au scandale Enron, s'applique à toutes les sociétés, même étrangères, cotées à une bourse américaine. Elle est (comme l'est aussi le FATCA) un monstre de complexité bureaucratique⁴, mais un monstre qui, aux États-Unis, est considéré comme nécessaire au regard de la complexité de la vie des affaires.

Au même titre que ces lois extraterritoriales, mais qui savent se faire obéir y compris au Luxembourg, on citera des initiatives internationales. Les exigences du GAFI ont été extraordinairement efficaces comme éléments déclencheurs de réformes législatives luxembourgeoises dans le domaine de la procédure pénale⁵. Dans la même veine, on constate que l'intégration progressive de l'ordre juridique européen commence à devenir une cause d'inquiétude : qui dit intégration dit potentiellement

3. En particulier, c'est afin que les banques luxembourgeoises puissent obtenir le statut de *qualified intermediaries* aux États-Unis que la doctrine officielle de la place financière de Luxembourg a été changée, en abandonnant la thèse jusqu'alors défendue du secret bancaire « absolu », insusceptible d'être levé à la demande du client de la banque, et en adoptant une conception plus raisonnable : voir la note du comité des juristes de la CSSF du 1^{er} mars 2004, reproduite aux annexes du *Rapport d'activité 2003* de la CSSF, p. 196.

4. P. Sorlut, « FATCA, c'est Kafka », chronique publiée dans la rubrique « Place financière – Private Banking » par *Paperjam*, édition électronique, le 2 janvier 2012.

5. Cf. J. Petry, « Entraide judiciaire en matière pénale – La loi du 8 août 2000 et sa réforme par les lois du 27 octobre 2010 », *Pas. lux.* 34 (2010), doctr., p. 465, spéc. p. 467-469, ou plus récemment la série d'amendements gouvernementaux au projet de loi portant approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme, signée à Varsovie le 16 mai 2005, et modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, *Doc. parl.* 6388^{4A} (octobre 2012).

uniformisation ; il suffit de penser à la directive « épargne », issue du compromis de Feira⁶, qui prévoit que sous certaines conditions les États membres sont obligés de passer à l'échange automatique d'informations avec les autorités fiscales étrangères concernant le paiement d'intérêts par leurs professionnels du secteur financier, ou encore le projet actuellement en cours d'union bancaire⁷.

Le souci qui se profile derrière le titre « L'impérialisme juridique » est parfaitement compréhensible. Le Luxembourg est certes toujours un pays industrialisé, mais il a cessé d'être un pays véritablement industriel. La compétitivité du Luxembourg et le moteur de sa croissance ne vient pas (ne vient plus, et ne vient *pas encore* ?) de la vente de produits industriels, mais de la vente de *produits normatifs* particulièrement adaptés à la demande internationale – avec, bien entendu, les prestations de *back office* correspondantes⁸. Cela est vrai dans les domaines les plus divers : droit et secret bancaires ; droit fiscal ; droit des OPC ; droit des sociétés, des médias et communications... on aura reconnu, et ce n'est pas un hasard, les domaines dans lesquels la législation luxembourgeoise a été dynamique et innovante depuis les années 1980⁹.

6. Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, J.O. 2003, L 157, p. 38.

7. Quelques jours après le Juristendag, il a été annoncé que l'union bancaire ne concernerait plus toutes les banques européennes, mais seules celles d'entre elles qui sont « systémiques » : P. Sorlut, « Union bancaire : La place luxembourgeoise rassurée », *Paperjam*, édition électronique, 13 décembre 2012.

8. L'expression « prestations de *back office* » est évidemment un peu polémique. Ce qui est visé, ce sont tous les services, parfois précieux (et des prestations de *back office* proprement dites sont elles aussi être précieuses et indispensables), qui accompagnent la mise à disposition des produits normatifs. Ces prestations de services sont le moteur de l'économie luxembourgeoise actuelle.

9. Outre ses avantages économiques, ce dynamisme rend le droit luxembourgeois *intéressant* dans les domaines en question. Il comporte aussi un certain nombre d'inconvénients, qu'il ne faut pas surévaluer, mais qu'il ne faut pas non plus occulter. D'une part, il existe une tendance à adopter, dans ces domaines, une législation qui est parfois si en phase avec la demande internationale qu'elle s'harmonise mal avec le système général et les traditions du droit luxembourgeois – voir p.ex. A. Elvinger, « Le droit d'auteur », communication du 23 octobre 2012, à paraître aux *Actes de la section des sciences morales et politiques de l'Institut Grand-Ducal*, vol. XIV, mettant l'accent sur le caractère « entrepreneurial » (n° 27) de la loi luxembourgeoise sur le droit d'auteur, qui se distingue désormais sur de nombreux points de manière fondamentale des lois françaises et belges qui ont toujours été son inspiration, pour se rapprocher du système américain du *copyright* ; un exemple frappant en est l'aliénabilité du droit moral qui est désormais admise par le droit luxembourgeois. – D'autre part, le dynamisme du droit dans ces secteurs offre un contraste frappant avec la lenteur de son évolution dans d'autres domaines, spécialement ceux du droit privé ordinaire. Cette lenteur est peut-être difficilement évitable dans un petit pays confronté à l'obligation internationale de devoir transposer un nombre important de directives de l'Union européenne, et qui a la volonté d'employer les ressources restantes prioritairement à l'amélioration de sa législation dans les domaines « porteurs ». Mais elle est regrettable.

Il est donc *utile* que le Luxembourg soit le plus libre possible dans la définition du contenu de ses normes-produits et toute interférence de l'extérieur, toute création imposée au Luxembourg d'un *level playing field*, toute uniformisation de la réglementation sont potentiellement dangereuses.

Ainsi raisonnent les nouveaux anti-impérialistes – qui se distinguent de leurs aînés moins par l'objet de leur critique (en 1970 déjà, les anti-impérialistes critiquaient les États-Unis) que par le fait qu'ils ne voient plus dans l'impérialisme, avec Lénine, le *stade suprême du capitalisme* et que ce n'est plus à ce titre qu'ils le critiquent. Du seul point de vue, utilitariste, de la compétitivité économique du Luxembourg, ils ont évidemment raison. Leur raisonnement peut même se recommander, sur le plan scientifique, d'une théorie tout à fait respectable, relevant de l'application des préceptes du libéralisme économique au domaine des avantages compétitifs entre États tenant à leur législation, la théorie de la concurrence normative entre ordres juridiques ou *regulatory competition*¹⁰. Il s'agit d'une notion qui a le support, mais dans certains secteurs seulement, de la Commission européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹.

II.

Le point d'interrogation intervient lorsqu'on essaie de voir si, objectivement, on peut faire *reproche* – car le fait de les traiter d'impérialistes est un reproche moral et peut-être même juridique très grave – aux autres États (États-Unis d'Amérique ; ou la majorité des États membres de l'Union européenne) de vouloir ainsi limiter la liberté d'action normative du Luxembourg, ou d'autres États du monde qui s'avèrent être systématiquement de petits États.

On peut le regretter, mais vu avec une objectivité toute clinique, le comportement des « États puissants » n'est pas nécessairement contraire au droit (A) ni même moralement illégitime (B). Simplement, il reflète leurs intérêts, qui ne sont effectivement pas identiques dans tous les cas aux intérêts luxembourgeois.

10. La *regulatory competition* a donné lieu à une littérature juridique imposante en quantité, qui relève de la mouvance *law and economics*. Voir seulement l'élégante synthèse par Erin O'Hara et Larry E. Ribstein, *The Law Market*, New York, Oxford University Press, 2009.

11. M. Streit/W. Musseler, « Wettbewerb der Systeme und das Binnenmarktprogramm der Europäischen Union » in L. Gerken (éd.), *Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung*, Berlin, Springer, 1995, p. 75 et s. Un exemple immédiatement pertinent en est le droit des sociétés : C.J.C.E. 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. p. I-1484, conclusions La Pergola ; communication de la Commission du 21 mai 2003, COM (2003) 284 final, point 2.2, p. 10. – D'autres secteurs ne sont pas concernés par cette logique de concurrence normative, spécialement la réglementation du travail examinée, dans un esprit d'apologie, par J. Kokott, « Der EuGH – eine neoliberale Institution ? », *Festschrift Renate Jaeger*, Kehl, N.P. Engel, 2010, p. 115 et s.

A. – Le FATCA (pour prendre cet exemple qui est momentanément d'actualité) est-il contraire, par ses visées extraterritoriales, au droit international ? Les polémistes répondront par l'affirmative. Ils ont vraisemblablement tort.

Le dispositif du FATCA consiste à prélever une retenue à la source de 30 % sur les *revenus de source américaine* payés à des institutions financières étrangères qui n'acceptent pas de coopérer volontairement avec l'administration fiscale américaine. Ultimement, son mécanisme – comme, avant lui, le mécanisme du *Qualified Intermediary* – a pour sanction véritable l'exclusion de l'accès au marché américain des banques qui refusent de coopérer. Il s'agit là de mécanismes d'exécution qui ne sont pas extraterritoriaux, mais relèvent de moyens de contrainte exerçables sur le territoire de l'État dont émane la norme en question. C'est le fait que commercialement, l'accès au marché américain est indispensable aux professionnels étrangers du secteur financier qui donne au FATCA une force particulière, et non une atteinte illicite à la souveraineté territoriale luxembourgeoise¹². De surcroît, comme nous le verrons, le FATCA vise à mettre fin à des comportements (de contribuables américains, ou de leurs banquiers étrangers) qui ont des effets directs sur le territoire des États-Unis et sur leurs ressources fiscales ; c'est là un autre titre de compétence qui peut justifier, en droit international général, la volonté d'application extraterritoriale d'une législation nationale¹³.

Si le droit international général ne s'oppose pas à un mécanisme comme celui du FATCA, il se pourrait théoriquement qu'il en aille autrement de traités particuliers ; on peut penser dans ce contexte à l'Accord général sur le commerce de services (AGCS), dont l'article III contient une règle particulière de non-discrimination. Mais ce point de vue ne semble être défendu que par des avocats proches de la communauté de *international tax planning*¹⁴, et risque bien de ne pas s'imposer.

12. Sur la possibilité, en droit international, de ce type de contrôle du comportement d'acteurs économiques étrangers, voir W. Wengler, « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », *IPRax* 1982, 145 ; F. Rigaux, « Droit économique et conflits de souverainetés », *RabelsZ* 1988, 105, 116 : « En l'état actuel du droit international, il paraît difficile de soutenir qu'un État ne peut enjoindre à des personnes se trouvant sur le territoire d'un autre État d'y accomplir certains actes ou de s'abstenir de certains comportements, et cela sous la seule menace d'actes de contrainte qui seraient exercés sur le territoire du premier État, sans qu'aucun acte de coercition physique ne soit accompli sur le territoire de l'État où se trouve le destinataire de l'injonction ».

13. Dans le domaine de la lutte contre les comportements anti-concurrentiels – domaine qui faisait l'objet de dissensions internationales pendant des décennies – cette règle fait désormais l'objet d'un consensus transatlantique : voir aux États-Unis *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 796 (1993) et en Europe C.J.C.E. 27 septembre 1988, *Ahlström*, aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec. p. 5193 ; et dans le domaine environnemental C.J.U.E. 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10, non encore publié au Recueil, points 129-130.

14. Voir ainsi sur le blog panaméen www.eduardomorgan.com, diverses contributions, dont la plus sérieuse paraît être celle de B. Zagaris, « U.S. Senate's Passage of

Pour ce qui est des institutions de l'Union européenne, elles respectent, même en édictant des normes de droit dérivé qui inquiètent la place financière luxembourgeoise, les règles gouvernant leur fonctionnement, et sont jusqu'ici toujours parvenues à leurs fins avec le consentement du Luxembourg.

L'« impérialisme » en question n'est par conséquent pas un impérialisme qui porte une atteinte contraire au droit international à la souveraineté d'autres États.

B. – Il pourrait néanmoins être moralement illégitime, par l'atteinte injustifiée qu'il porterait à la souveraineté luxembourgeoise.

On peut répondre à cette interrogation par une réponse cynique : cette question est absolument indifférente aux « États puissants ». C'est peut-être vrai, mais une réponse moins cynique est celle-ci : le fait, incontestable, que ces initiatives législatives venues de l'extérieur sont contraires aux intérêts économiques (à court terme ou même à moyen et long terme) du Luxembourg n'est, malheureusement, pas en soi une raison pour qu'elles soient dans tous les cas objectivement illégitimes. Reprenons le cas du FATCA : s'agit-il d'une atteinte illégitime à la saine concurrence entre ordres juridiques, d'une perturbation de la *regulatory competition* que rien ne justifie ? Ou s'agit-il plutôt d'un instrument unilatéral – unilatéral, en l'absence de coopération internationale perçue comme effective par les États-Unis – de lutte contre une particularité de l'ordre juridique luxembourgeois (ou suisse, monégasque, liechtensteinois...), le secret bancaire opposable au fisc, qui présente toutes les caractéristiques économiques d'une externalité négative ? Les externalités négatives sont une notion connue de tous les économistes, et dont même les plus libéraux reconnaissent qu'elles peuvent constituer un cas de défaillance du marché et justifier à ce titre une intervention normative – dans l'ordre juridique interne, une intervention normative de l'État¹⁵. Prenons l'exemple suivant, qui est classique : une usine – une fabrique, pour reprendre l'un des thèmes de ce colloque¹⁶ – très polluante, qui se trouve implantée au milieu de champs qui appartiennent à des agriculteurs. Un mode de production sans précautions particulières pour l'environnement est un mode de production efficace pour l'entreprise qui exploite cette usine, puisqu'il lui permet de réduire ses coûts. Mais elle constitue une externalité négative, qui pollue les champs des agriculteurs et entraîne par conséquent une diminution de leur rendement économique. Des mécanismes de marché purs n'aboutiront jamais à ce que l'entreprise adopte volontairement un mode de production moins polluant. Il faut par conséquent que la

Anti-Tax-Haven Provisions Would Be Counterproductive », *Tax Notes Int'l*, vol. 66 (2012), p. 139.

15. G. Mankiw/M. Taylor, *Principes de l'économie – Adaptation européenne*, Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 242 et s. Gregory Mankiw a des titres indiscutables d'économiste libéral, ayant été nommé par G.W. Bush à la présidence du *Council of Economic Advisers*.

16. Cf. l'introduction au Juristendag par S. Jacoby, *supra*.

puissance publique intervienne, et qu'elle impose à l'entreprise de modifier son mode de production ou peut-être d'indemniser les agriculteurs ; les moyens qui peuvent être choisis varient (responsabilité pénale ; réglementation administrative ; responsabilité civile).

Par analogie, une législation exceptionnellement favorable au secret bancaire apporte des avantages aux « petits » États qui l'adoptent et qui attirent ainsi une clientèle qui permettra à leur secteur financier de se développer, d'employer du personnel et de payer des impôts à ces États. Comme il s'agit de petits États, il peut être avantageux pour eux, sur le plan économique, de renoncer à lutter avec la dernière efficacité contre la fraude fiscale à laquelle des *fat cats* locaux peuvent se livrer contre leur propre fisc, pour se borner à encaisser les rentrées fiscales plus importantes d'un secteur financier qui, attirant un nombre disproportionné de clients étrangers, pourra se développer favorablement. À l'égard d'autres États, plus grands et pour lesquels cette stratégie-là ne fonctionnerait pas, le comportement des petits États à secret bancaire « fort » constituera une externalité négative, analogue à celle du fabricant pollueur. Or il n'y a pas, sur le plan mondial, d'équivalent à la puissance publique nationale qui pourrait veiller à rééquilibrer la situation entre de petits États (européens ou autres) et, entre autres, les États-Unis d'Amérique qui se voient privés de ressources fiscales auxquelles ils ont droit conformément à leur législation. C'est ce qui peut expliquer le recours, par cet État puissant, à des moyens unilatéraux. Que cet État puissant soit en même temps l'État dont l'économie est la plus importante, y compris pour le secteur financier du monde entier, donne aux réglementations qu'il adopte une influence particulière – ce qui n'est pas contraire, en lui-même, aux principes de l'économie de marché...

III.

Des facteurs propres au Luxembourg atténuent encore la pertinence du reproche d'impérialisme ou d'hégémonisme que l'on pourrait formuler à l'égard de ces limitations externes à sa souveraineté : le Luxembourg, n'étant ni Nauru, ni la Suisse, *consent* traditionnellement à des limitations de sa souveraineté.

Le Luxembourg n'est pas Nauru. Cette île (bien réelle) de l'Océan Pacifique est un État souverain qui a un passé industriel, et plus particulièrement minier, prospère : son économie était, jusque dans les années 1990, basée sur l'exploitation du phosphate. Mais, le phosphate s'épuisant, la République de Nauru décida à la fin des années 1990 de devenir un paradis fiscal « dur », actif dans le blanchiment d'argent et dans la domiciliation de banques fantômes, comme d'ailleurs aussi dans la vente de passeports. Elle a été mise sur la liste noire du GAFI en 2000¹⁷. Au

17. L'histoire se termine bien, du point de vue du GAFI : en 2003, la politique de Nauru a changé, et Nauru a abandonné la politique du blanchiment d'argent – sans toutefois,

Luxembourg en revanche, la respectabilité internationale a toujours été considérée comme politiquement indispensable, et le Luxembourg préfère dès lors depuis toujours la coopération internationale au statut, objectivement peu enviable, de « pays non coopératif ».

Le Luxembourg n'est pas non plus la Suisse, jalouse de son indépendance. Il est beaucoup plus petit qu'elle, et a toujours été habitué à l'intégration économique et politique dans un ensemble plus important (au XIX^e siècle, le *Zollverein* et la Confédération Germanique – puis après la Première Guerre mondiale, l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise, enfin la Communauté économique européenne et l'Union européenne). En conséquence il a depuis longtemps intériorisé la nécessité de la coopération internationale et des limitations de souveraineté¹⁸, qui entrent actuellement en conflit avec certains de ses avantages compétitifs sur le marché des produits normatifs. Mais c'est une position voulue – et, pour ne laisser subsister aucune ambiguïté à ce propos, une position justifiée.

A thought experiment pour terminer. Supposons – une hypothèse qui ne se réalisera vraisemblablement pas, mais dont la réalisation ne semble actuellement pas totalement exclue – que le Royaume-Uni, et avec lui la City de Londres, quittent l'Union européenne. De ce fait, ils se trouveraient libérés automatiquement d'un certain nombre de contraintes, celles qui résultent de l'uniformisation européenne de la réglementation des marchés financiers¹⁹. Que doit faire le Luxembourg ? Les rejoindre dans leur exit, ou rester dans une Union européenne qui risque dans ce cas d'intégrer rapidement ses secteurs bancaires et financiers en uniformisant leur réglementation ?

semble-t-il, avoir retrouvé une autre base durable à son économie. Sur Nauru, voir commodément <http://en.wikipedia.org/wiki/Nauru>.

18. P. Pescatore, « La souveraineté nationale et les traités internationaux au fil de l'histoire luxembourgeoise (1815-1956) », *Hémecht* 19 (1967) 129, spéc. p. 163 et s.

19. La question des avantages et des inconvénients d'ordre économique de ce *Brixit* se trouve actuellement discutée dans la presse financière anglaise. Voir, pour des points de vue sceptiques, G. Grimstone, « Global dreams must not divert the City from Europe », *Financial Times*, 5 décembre 2012 ; J. Powell, « Out of Europe, Britain would be a weak tax haven », *Financial Times*, 12 décembre 2012.