

Gazette de la Chambre

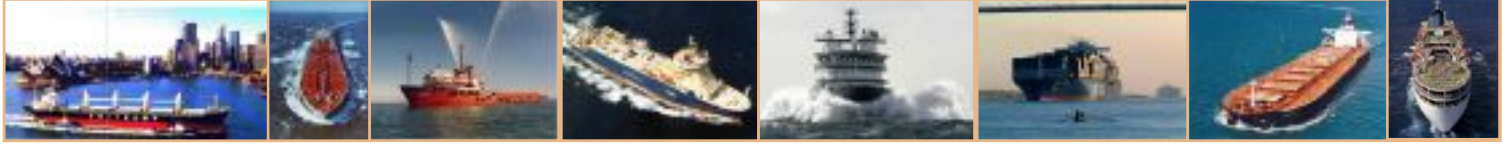


Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Comité éditorial : Philippe Delebecque - Jean-Yves Thomas - Michel Leparquier

Editeur : Philippe Delebecque

" Pacta sunt servanda "



Les sanctions internationales et les clauses "sanctions"

Didier MARSAC - Arbitre maritime

En premier lieu il est important de préciser que cet article ne traite en aucun cas du bien-fondé ou non des sanctions actuellement en vigueur prises par des Etats ou des organismes supra nationaux à l'encontre d'autres pays, de dirigeants, de sociétés ou d'individus.

Il paraît également utile d'évoquer qu'avec ou sans clause "sanctions" dans le contrat considéré et que ce soit dans le domaine maritime ou des assurances ou autres domaines, toute activité illégale ou interdite peut valablement mettre fin aux engagements contractuels (nullité totale ou partielle d'obligations contractuelles pour violation d'une règle d'ordre public) et entraîner de surcroît des sanctions à l'encontre des sociétés contrevenantes et de leurs dirigeants au regard du droit du pays où ces sociétés sont enregistrées ou du pays où les prestations sont réalisées. Il appartient à chaque partie de vérifier la légalité des activités considérées. Dans un contexte international, de telles vérifications sont loin d'être simples dans la mesure où les sanctions peuvent être interprétées différemment, voire se contredire.

Evolution des sanctions

Par le passé les sanctions ou embargos visaient en premier lieu les ressortissants de certains pays afin de limiter leurs déplacements à l'extérieur de leurs frontières, ainsi que les exportations ou importations depuis ou vers certains pays nommément désignés. Ces sanctions avaient et ont toujours un caractère général s'appliquant indistinctement à toute une population ou à un pan d'activités rendant leur application assez claire.

Plus récemment les sanctions prises sont devenues plus complexes et, en particulier, ont été étendues expressément à certains services, dont les services financiers et les assurances. La référence aux services semble apparaître comme un moyen beaucoup plus efficace qu'un simple embargo sur des armes ou certains produits stratégiques, permettant d'exercer une pression plus forte sur les dirigeants du pays désigné.

Risques pour les acteurs du commerce international

L'explosion du commerce international dans les dernières décennies, la complexité de certains circuits commerciaux, le caractère "transnational" de nombreux acteurs et la multi polarisation du monde ont rendu délicate le simple respect des sanctions prises par un Etat ou un organisme supra national.

On peut citer rapidement une question de droit international, à savoir comment traiter le cas d'un pays qui ne transpose pas dans son cadre réglementaire ou législatif ou n'applique pas les sanctions décidées par une entité supra nationale dont ce pays est membre ?

A priori, les ressortissants ou sociétés de ce pays ne semblent pas être tenus par de telles sanctions (par exemple de l'ONU), mais interviennent alors des risques commerciaux ou de rétorsions importants pour ces personnes ou entités en dehors de leur frontière.

Comment appliquer des textes contradictoires pour des acteurs internationaux (cas de Cuba dans les années 80) ?

Comment être certain de ne pas s'exposer à des sanctions sans le savoir ?

Faut-il vérifier la nationalité des actionnaires de toutes les contreparties y compris des intermédiaires, l'identité des dirigeants, l'origine ou la destination des services, des capitaux, etc. ?

Il convient également de noter que les textes de l'Union Européenne et des Etats-Unis s'appliquent à leurs nationaux partout dans le monde et bien entendu y compris à ceux travaillant dans des sociétés étrangères.

En visant expressément les services, certains Etats ou organismes supra nationaux ont trouvé un moyen efficace pour donner une nouvelle dimension et un impact plus important aux mesures de rétorsion prises à l'encontre d'un état ou d'un régime.

Quel armateur, assureur ou banquier, opérant à l'international, va prendre un risque important pour garder quelques contrats ayant éventuellement un lien avec les pays objets de sanctions et au risque de voir son activité paralysée et mettre ainsi en péril ses implantations en Europe ou aux USA. En cas de doute, les acteurs responsables vont s'abstenir.

Entre autres exemples, fin 2011 l'Union Européenne et les Etats-Unis ont renforcé leurs sanctions contre l'Iran. Par ailleurs la Ligue Arabe et l'Union Européenne ont pris des mesures ou renforcé leurs sanctions contre la Syrie. Ces nouvelles sanctions ont soulevé une nouvelle vague d'interrogations de la part de tous les acteurs du commerce international y compris des armateurs et de leurs assureurs quant à leur portée avant même de pouvoir s'y conformer.

Cas des assureurs

Les assureurs et en première ligne les assureurs maritimes sont confrontés au respect des nouvelles sanctions.

Quand un assuré potentiel ou ses navires figurent sur une liste noire de sociétés ou de biens faisant l'objet de sanctions, la recherche est assez simple. Sinon comme pour tous les autres acteurs, tels que les armateurs ou chargeurs, il faut essayer de vérifier "au mieux" avec les risques et les limites cités au point précédent.

Par contre, que peut faire un assureur dans le cas d'une assurance responsabilité affrèteur ou l'assureur ne reçoit le détail des navires affrétés par son client qu'en fin de trimestre, voire en fin d'année.

Même impossibilité pour les polices facultés où le détail des cargaisons et des voyages n'est transmis qu'*a posteriori*, sans parler des polices au chiffre d'affaires.

Les assureurs, entre autres prestataires, ont été directement visés par certains textes, en particulier décidés par les Etats Unis, et doivent justifier de la prise en compte de ces textes et de leur bonne foi à les appliquer afin d'éviter à leur tour des sanctions. Comment faire dans les cas précités ?

Le non-respect des sanctions peut mettre en jeu la pérennité d'une compagnie (hypothèse du blocage dans une banque de New York de tous les fonds en USD lors de la compensation par exemple ou interdiction aux nationaux de contracter avec cet assureur) sans parler des risques encourus par les dirigeants.

Autres acteurs :

Les armateurs, les affréteurs et les chargeurs sont confrontés aux mêmes risques et aux limites de toute vérification dans ce contexte.

Comment un armateur peut-il vérifier la conformité des produits empotés dans chaque conteneur par exemple ou un affréteur pour tous les actionnaires d'un armateur ayant son siège dans un pays où l'on ne peut avoir accès à ce type d'informations ?

La complexité de certaines sanctions, ne s'appliquant qu'à certains composants ou produits pouvant servir à des industries bien précises, entraîne de facto de grandes difficultés à vérifier la conformité des cargaisons.

La liste des difficultés serait assez longue et ces quelques exemples démontrent que toutes les vérifications sont imparfaites et exposent les acteurs précités à des risques importants.

Les autorités feront-elles preuve de mansuétude pour les contrevenants de bonne foi ?

Evolution des clauses contractuelles - Cas des polices d'assurance

Les clauses de type "sanctions" figuraient déjà dans certains contrats et les conséquences des clauses "classiques" sont tout aussi sévères pour les assurés.

A titre d'exemple :

- Police française d'assurance maritime sur corps de tout navire (1998)

Article 3 : Sont exclus de la garantie :... Les dommages, les pertes, les recours de tiers et les dépenses résultant de ... violation de blocus, contrebande, commerce prohibé ou clandestin, etc.

- Police française d'assurance maritime sur facultés (2009)

Article 3 : La présente assurance ne s'applique pas aux facultés faisant l'objet d'un commerce prohibé ou clandestin.

Article 7 : Sont exclus les dommages et pertes matériels, les pertes de poids ou de quantités subis par les facultés assurées et résultant de ... violation de blocus, contrebande, etc.

Pour se protéger contre les risques liés aux textes récents et complexes visant expressément les services d'assurances, des clauses "sanctions" ont été ajoutées aux polices. Un libellé assez général permet aux assureurs de démontrer leur volonté de respecter les sanctions décidées quand elles peuvent s'appliquer et de pouvoir effectivement et contractuellement les respecter lorsqu'un engagement a été pris (de bonne foi soit avant la mise en œuvre des sanctions, soit par inadvertance du fait de la difficulté de certaines vérifications, soit encore de l'opacité d'une contrepartie cherchant à éviter les dites sanctions) avec une entité ou une personne frappée par des sanctions.

Les clauses "sanctions" ajoutées ces deux dernières années dans toutes les polices sont parfois différentes et peuvent refléter une certaine chronologie dans la mesure où certains assureurs ont rédigé leur clause, puis nombre d'entre eux ont été amenés à utiliser la clause qui leur était imposée par le marché de la réassurance.

Ci-après quelques "nouvelles" clauses sanctions figurant dans des contrats d'assurance :

- *"Iran sanctions clause" ouvrant droit à l'assureur de résilier quand "the assured has exposed, or may, in the opinion or the insurer, expose the insurer to the risk of being or becoming subject to or in breach of any sanction ... in respect of Iran ..."* (contrat de Mai 2010 faisant l'objet d'une procédure devant un tribunal anglais).

- *"Le présent contrat ne produit aucun effet dans tous les cas de sanction, restriction ou prohibition prévues par les conventions, lois ou règlements, notamment de l'Union Européenne, s'imposant à l'assureur et comportant l'interdiction de fournir un service d'assurance. Le présent contrat ne s'applique ni aux marchandises, ni aux moyens de transport ... soumis à une quelconque sanction, restriction, embargo total ou partiel, prohibition, ... De la même façon, ce contrat ne s'applique ni à un commerce ou activité visé(e) par de telles mesures, ni au commerce clandestin ..."* (exemple de clause française).

- *"No insurer shall be deemed to provide cover and no insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit would expose that insurer to any sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, the United Kingdom, the United States of America, France, the Russian Federation, the People's Republic of China or any State where the Insurer has its registered office or permanent place of business.*

Optional Termination Addition : In the event of the subject matter insured having been engaged or engaging in any activity whatsoever that may expose the Insurer or his reinsurers to any sanction, prohibition, restriction, law or regulation as described in paragraph 1 above the Insurer shall be entitled to terminate the insurance by giving 14 days' notice. Termination also applies to the rights of the mortgagee, but the Insurer shall immediately notify the mortgagee of the termination". (Cefor Sanction Limitation and Exclusion Clause)

- *"No (re)insurer shall be deemed to provide cover and no (re)insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit would expose that (re)insurer to any sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, United Kingdom or United States of America"* (JW 2010/004 Sanction Limitation and Exclusion Clause)

- *"Le présent contrat ne produit aucun effet dans tous les cas de sanction, restriction ou prohibition prévus par les Conventions, Lois ou Règlements, notamment de l'Union européenne, s'imposant à l'assureur et comportant l'interdiction de fournir un service d'assurance.*

Le présent contrat ne s'applique ni aux marchandises, ni aux moyens de transport aérien, maritime, fluvial ou terrestre soumis à une quelconque sanction, restriction, embargo total ou partiel, prohibition, ni aux responsabilités en découlant. De la même façon, ce contrat ne s'applique ni au commerce ou activité visé(e) par de telles mesures, ni au commerce clandestin et/ou aux moyens de transport utilisés à cette fin». (clause FFSA)

Les clauses CEFOR et JW précitées semblent avoir tendance à se généraliser en assurance maritime sous la pression du marché de la réassurance. Le modèle de clause mis à disposition des membres de la FFSA est le dernier texte précité.

On peut regretter le caractère général des clauses "sanctions" car les différentes résolutions ou textes de loi pris par deux entités contre un même pays peuvent être différents ou contradictoires (exemple ancien de Cuba ou des sanctions sévères avaient été prises par les Etats Unis seulement alors que de nombreux pays européens n'avaient pris aucune sanction).

Autres domaines à titre d'exemple

Les contrats d'affrètement comportaient (et comportent toujours) des zones de navigation excluant une liste de pays ou régions interdites pour l'exploitation commerciale du navire visé. Il existait également des clauses confirmant que le navire n'avait pas fait escale dans tel ou tel pays au cours des X dernières escales. L'application de ces clauses est relativement claire.

Le BIMCO a également proposé la clause "sanctions" suivante pour les contrats d'affrètement en juillet 2010. Cette clause aborde le problème comme celui des risques de guerre, en donnant l'option à l'armateur de ne pas entrer dans la zone considérée et en faisant supporter les risques économiques qui en découlent à l'affréteur.

“(a) The Owners shall not be obliged to comply with any orders for the employment of the Vessel in any carriage, trade or on a voyage which, in the reasonable judgement of the Owners, will expose the Vessel, Owners, managers, crew, the Vessel’s insurers, or their re-insurers, to any sanction or prohibition imposed by any State, Supranational or International Governmental Organisation.

(b) If the Vessel is already performing an employment to which such sanction or prohibition is subsequently applied, the Owners shall have the right to refuse to proceed with the employment and the Charterers shall be obliged to issue alternative voyage orders within 48 hours of receipt of Owners’ notification of their refusal to proceed. If the Charterers do not issue such alternative voyage orders the Owners may discharge any cargo already loaded at any safe port (including the port of loading).

(c) The Charterers shall indemnify the Owners against any and all claims whatsoever brought by the owners of the cargo ...”.

Le texte complet peut être consulté à l’adresse internet suivante :

<http://tinyurl.com/Bimco-Sanctions>

Les lettres de crédit comportent également des clauses de ce type mais qui sont d’une grande variété ! Les banques font face à la même problématique mais en ayant de surcroît à gérer les règles propres aux ouvertures et confirmations de crédits documentaires*.

Une seule clause à titre d’exemple :

“[Bank] complies with the international sanction laws and regulations issued by the United States of America, the European Union and the United Nations (as well as local laws and regulations applicable to the issuing branch) and in furtherance of those laws and regulations, [Bank] has adopted policies which in some cases go beyond the requirements of applicable laws and regulations. Therefore [Bank] undertakes no obligation to make any payment under, or otherwise to implement, this letter of credit (including but not limited to processing documents or advising the letter of credit), if there is involvement by any person (natural, corporate or governmental) listed in the USA, EU, UN or local sanctions lists, or any involvement by or nexus with Cuba, Sudan, Iran or Myanmar, or any of their governmental agencies.”

Conclusion

Les assureurs et les banques sont souvent moins bien placés que leurs clients pour vérifier le respect des sanctions et sont à présent directement visés par certains textes. De surcroît des clauses “sanctions” types leurs sont imposées par les réassureurs ce qui laisse peu ou pas de place à une négociation.

Néanmoins il est à noter que les clauses sanctions trouvées dans les différents contrats d’assurance sont loin d’être toutes identiques.

La complexité des sanctions et la globalisation des transactions commerciales créent des incertitudes pour tous les acteurs du commerce international. L’introduction de clauses “sanctions” dans les contrats fait peser une incertitude supplémentaire sur les assurés quant à la couverture de leurs risques et investissements.

Les risques de contentieux paraissent particulièrement élevés du fait :

- du libellé très (trop) général de ces clauses ;
- des contradictions pouvant exister entre certaines sanctions ;
- de la complexité des conflits de droit international public et privé ;
- de la quasi-absence de jurisprudence sur cette question récente.

Compte tenu de la notion d’ordre public ou notion équivalente existant dans d’autres pays, la suppression de ces clauses sanctions ne serait-elle pas la solution juridique la plus sûre pour toutes les parties ? Même en l’absence d’une telle clause, un assureur pourrait toujours se prévaloir de la nullité du contrat ou de l’illégalité du commerce considéré pour refuser le paiement d’un sinistre.

Néanmoins les risques et l’absence de vérification efficace pèsent certainement plus lourd que l’incertitude juridique ou l’inquiétude légitime des assurés. Il serait toutefois souhaitable que ces clauses tendent à être plus précises, à proscrire toute référence à l’appréciation d’une partie (ce qui est déjà le cas pour les clauses récentes dont la clause FFSA), à lister limitativement les entités à l’origine des sanctions et idéalement à lister les pays faisant l’objet de certaines sanctions.

*ICC Commission on banking technique and practice / Guidance paper on the use of sanction clauses doc 426/1129 26/03/10.

