



HAL
open science

Emissions obligataires européennes : la Commission participe-t-elle à une entreprise de discrimination fondée sur la nationalité ?

Régis Bismuth

► **To cite this version:**

Régis Bismuth. Emissions obligataires européennes : la Commission participe-t-elle à une entreprise de discrimination fondée sur la nationalité ?. *Revue Internationale des Services Financiers*, 2021, 2021 (2), pp.3-4. hal-03816318

HAL Id: hal-03816318

<https://hal.science/hal-03816318v1>

Submitted on 16 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Emissions obligataires européennes : la Commission participe-t-elle à une entreprise de discrimination fondée sur la nationalité ?

Régis Bismuth
Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po

publié in
RISF – Revue Internationale des Services Financiers, 2021, n° 2, pp. 3-4

L'épidémie du covid-19 a conduit plusieurs Etats à mobiliser des ressources financières importantes afin de faire face aux conséquences économiques et sociales de la crise sanitaire. A l'échelon de l'Union européenne, plusieurs programmes de soutien ont été mis en œuvre afin d'aider les Etats membres à mobiliser des ressources financières. Il en est ainsi de l'instrument européen de soutien temporaire à l'atténuation des risques de chômage en situation d'urgence (SURE — *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) par le biais duquel l'UE peut lever jusqu'à 100 milliards d'euros. Les ressources mobilisées proviennent d'émissions obligataires réalisées par la Commission au nom de l'UE et ces émissions s'inscrivent dans le même cadre juridique que celui des autres programmes européens (*Balance of Payment assistance facility*, EFSM, *Macro-Financial Assistance*). Plus précisément, les émissions SURE se rapportent au programme de financement par émission de dette (*Debt Issuance Programme*) conclu par la Commission et Euratom en décembre 2019 et qui est soumis au droit luxembourgeois.

Si l'on se penche sur la documentation produite dans le cadre de ces émissions, on pourra être surpris – ou peut-être finalement à moitié surpris pour certains – par la présence de mentions indiquant que les obligations ne peuvent être offertes à des « *U.S. persons* ». Ainsi, dans document promotionnel du 15 juillet 2020 publié par la Commission européenne et intitulé « *Global Investor Call* »¹, la section « Disclaimer » indique que les « *securities of the EU may not be offered or sold in the United States nor to U.S. persons outside the United States unless the offering or sale is registered under US Securities law* ». Il en est de même dans le prospectus de base du 10 décembre 2019² qui précise quant à lui que les titres ne peuvent être offerts « *for the account or benefit of, U.S. persons (as defined in the U.S. Internal Revenue Code of 1986, as amended, and regulations thereunder)* »³. Il ajoute également que ces titres n'ont pas été « *registered under the Securities Act* » et qu'en conséquence « *may not be offered or sold within the United States or to, or for the account or benefit of, U.S. persons* » en précisant que les termes employés doivent être ici compris comme ceux définis dans le cadre de la *Regulation S* du *Securities Act*⁴.

De telles formules sont en réalité monnaie courante dans la documentation financière et, à ce titre, coexistent plusieurs types de mentions indiquant exclusion de l'offre de titres des « *U.S.*

¹ Le document est disponible au lien suivant : <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip_gic_en_final.pdf>.

² Téléchargeable au lien suivant : <<https://www.bourse.lu/programme/Programme-UE/14608>>.

³ Ibid., p. 1.

⁴ Ibid., p. 40.

persons » : « *U.S. persons* » tout court sans aucune autre précision, « *US persons* » au sens de la *Regulation S*, « *U.S. persons* » au sens du *U.S. Internal Revenue Code*, « *U.S. persons* » au sens du FATCA, etc. Si l'on s'en tient juste aux définitions retenues dans le cadre du *U.S. Internal Revenue Code*⁵ ou du FATCA⁶, aucune place ne peut être laissée au doute ; ce sont bien les citoyens américains qui sont visés, et ce, quel que soit leur lieu de résidence.

Par le biais de cette documentation financière, la Commission européenne exclue donc de l'offre de titres non pas seulement les personnes américaines résidant sur le territoire des États-Unis – ce qui pourrait se justifier au titre de l'application territoriale de la réglementation américaine –, mais toute personne qui est considérée par les États-Unis comme de nationalité américaine, c'est-à-dire y compris tous ceux nés aux États-Unis puisque cet État met en œuvre la règle du *jus soli* pour l'acquisition de la nationalité. Il n'est nullement fait mention de la situation des double-nationaux et en particulier de ceux qui n'ont pas de lien avec les États-Unis autre qu'une naissance sur le territoire américain, et que l'on a pu appeler les « américains accidentels ». Ceux-ci ont d'ailleurs depuis l'adoption du FATCA fait l'objet de nombreuses discriminations dans l'accès aux services financiers au sein des États de l'UE⁷.

Ces différentes formulations excluent donc les personnes considérées comme citoyen américain mais qui bénéficient également d'une autre nationalité – parfois plus effective –, y compris celle de l'État de résidence dans l'UE où ces titres sont commercialisés. A titre d'exemple, un double national franco-américain résidant en France peut ainsi se voir exclu dans son propre pays de l'accès à certains produits financiers du seul fait de son lieu de naissance.

En d'autres termes, en reprenant les formulations usuelles de la documentation financière, la Commission non seulement accepte mais aussi participe à une entreprise de discrimination fondée sur la nationalité, pratique qui est d'ailleurs quotidiennement mise en œuvre par certaines institutions financières qui excluent de l'accès à leurs services financiers les plus basiques toute personne présentant ce que l'on appelle pudiquement des « indices d'américanité », y compris une naissance sur le territoire des États-Unis qui emporte une présomption de citoyenneté américaine. Certaines institutions financières craignant les coûts de compliance liés au FATCA ne donnent d'ailleurs pas à ces personnes la possibilité d'ouvrir un compte courant.

Or le droit primaire de l'UE est particulièrement clair sur de telles pratiques. La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE) indique en effet qu'est « interdite, toute discrimination fondée notamment sur [...] la naissance » (article 21(1)) et qu'est prohibée « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » (article 22(2)). La CDFUE s'applique à toutes les « institutions, organes et organismes » de l'UE (article 51), et donc y compris la Commission.

Les mentions discriminatoires figurant dans les émissions obligataires européennes ne sont bien sûr que l'arbre qui cache la forêt. Elles viennent en effet surtout, inconsciemment ou non, cautionner des pratiques discriminatoires contraires au droit de l'UE qui se déploient à une très large échelle dans la documentation financière.

⁵ 26 U.S. Code § 7701 (30)(a).

⁶ Le FATCA est une législation américaine de 2010 qui impose aux institutions financières non américaines de transmettre des informations aux autorités fiscales américaines portant sur des contribuables américains. Ces contribuables potentiels sont détectés sur la base d'indices d'américanité, lesquels incluent notamment la citoyenneté américaine. V. par ex., Accord FATCA France/États-Unis, Annexe I, II(B)(1).

⁷ Sur ces aspects, v. Régis Bismuth, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains Accidentels" », *Journal du Droit International (Clunet)*, vol. 144, 2017, n° 4, pp. 1197-1261.

La Commission a longtemps fait la sourde oreille aux plaintes de ces double-nationaux, américains plus ou moins accidentels mais surtout pleinement citoyens européens, lorsque ceux-ci lui rapportaient les discriminations dont ils étaient victimes dans l'accès aux services financiers. Mais il sera désormais difficile pour la Commission de continuer à se cacher.