


SEMINAR

EMBARGOS, LISTES NOIRES ET AUTRES SANCTIONS INTERNATIONALES : NOUVEAUX RISQUES ET ENJEUX POUR LES ACTEURS LOCAUX*

EMBARGOS, BLACKLISTS AND OTHER INTERNATIONAL SANCTIONS: NEW RISKS AND STAKES FOR THE LOCAL ACTORS

Hubertus HILLERSTRÖM**

 Banks; Compliance; Fundamental rights; Human rights; International contracts; Sanctions; Switzerland

Le présent article revient sur les principales problématiques qui ont fait l'objet de présentations lors du séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires du mercredi 16 septembre 2015 sur le thème des sanctions internationales, organisé à l'initiative de Me Laurent Hirsch. Ce compte rendu, exempt de prétentions scientifiques, aspire à mettre en exergue certains aspects juridiques et pratiques afin de préciser les enjeux du régime des sanctions internationales et de leur application. Son contenu reprend à titre principal les interventions des protagonistes du séminaire (en essayant de reprendre le style vivant du séminaire). L'auteur ne prétend pas à un résumé fidèle, ni d'avoir vérifié les sources citées, mais à apporter une présentation raisonnée des interventions afin d'en faciliter la compréhension.

Après avoir introduit le cadre juridique et politique suisse, nous présenterons les effets des sanctions sur les contrats dans un contexte international. Nous discuterons ensuite de la mise en application des mesures de coercition par les banques. Enfin, sera soulevée l'épineuse question de l'accès à la justice dans les procédures de « *listing* » et de « *de-listing* », ainsi que du conflit entre l'application des

This article summarises the main issues that were the subject of the presentations on international sanctions held during the seminar of the Geneva Business Law Association (*Association Genevoise de Droit des Affaires*) organised at the initiative of Mr Laurent Hirsch, attorney at law, on 16 September 2015. Without any scientific ambitions, this report aims at highlighting certain legal and practical aspects in order to specify what is at stake as concerns international sanctions and their enforcement. Principally, the article goes through the presentations of the speakers at the seminar (while trying to keep the lively style of the seminar). The author neither purports to faithfully summarise these presentations, nor to have verified the quoted sources, but aims to bring a reasoned arrangement thereof in order to facilitate their understanding.

After having introduced the Swiss legal and political framework, we will present the effects of sanctions on contracts in an international context. We will then discuss the implementation of coercive measures by the banks. Finally, we will analyse the delicate question of access to justice in the listing and de-listing procedures, as well as the conflict between the implementation of sanctions and compliance with the European Convention on Human Rights.

* Séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires du mercredi 16 septembre 2015.

** Avocat, MBA, Walder Wyss SA, Genève. L'auteur remercie Mme Laure Burrus, IEP, MLaw, CAPA (France), pour sa relecture attentive de la présente contribution.

INTRODUCTION, SWISS LEGAL AND POLITICAL FRAMEWORK

Roland E. Vock

The traditional definition of the sanction concept can be understood with the following description: State A enjoins State B to adopt a certain behaviour X. As State B doesn't comply with this request, State A issues sanctions against State B. These sanctions lead to economic and political costs for State B. When the costs of the sanctions become higher than the costs of complying with behaviour X, it will then be in the interest of State B to adopt the behaviour X.

The entities issuing the sanctions

Independently of their nature, international sanctions can be taken either at a multilateral or at a unilateral level:

- (a) When they are taken at a multilateral level, they are issued by international organisations such as the United Nations or the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), depending on the purpose of their respective mission. They are then taken over and implemented in the domestic law of the member states of these international organisations. As such, Switzerland, being a member of the United Nations, has to respect the sanctions issued by the Security Council of the United Nations, based on arts 25, 39 and 41 of the United Nations' Charter.
- (b) When sanctions are taken at a multilateral level, they are issued by one single state, on its own initiative. It is the case, for instance, when the US implemented coercive measures against Cuba or Iran. For such a scenario, it has to be pointed out that the sanctions stemming from the US or the EU are not directly applicable in Switzerland, except for citizens of the US or Member States of the EU living in Switzerland. Nonetheless, these sanctions have an indirect influence to the extent that Swiss banks have, to a certain extent, to comply with all the sanctions (see below).

As for Switzerland, it can impose constraining measures based on the Federal Act on the application of

sanctions et le respect de la Convention européenne des droits de l'homme.

INTRODUCTION, CADRE JURIDIQUE ET POLITIQUE SUISSE

M. Roland E. Vock***

La définition traditionnelle du concept de sanction peut s'appréhender par l'illustration suivante : l'Etat A enjoint l'Etat B d'adopter un comportement X. L'Etat B ne se conformant pas à cette demande, l'Etat A prononce des sanctions contre l'Etat B. Ces sanctions engendrent un coût économique et politique pour l'Etat B. Lorsque le coût des sanctions devient plus important que le coût de la conformité au comportement X, il sera alors dans l'intérêt de l'Etat B d'adopter le comportement X.

Les émetteurs de sanctions

Indépendamment de leur nature, les sanctions internationales peuvent être prononcées de façon multilatérale ou unilatérale :

- (a) Lorsqu'elles sont prononcées de façon multilatérale, elles émanent des organisations internationales telles que l'ONU ou l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE), selon l'objet de leur mission respective. Elles sont ensuite reprises et mises en œuvre par les Etats membres de ces organisations internationales dans leur droit interne. A ce titre, les sanctions prononcées par le Conseil de Sécurité de l'ONU doivent être respectées par la Suisse, membre de l'ONU, sur le fondement des arts 25, 39 et 41 de la Charte des Nations Unies.
- (b) Lorsqu'elles sont prononcées de façon unilatérale, ces sanctions sont prononcées par un seul Etat, sur sa propre initiative. C'est le cas, par exemple, lorsque les Etats-Unis ont mis en œuvre des mesures coercitives à l'encontre de Cuba ou de l'Iran. Dans ce cas de figure, il est précisé que les sanctions émanant des Etats-Unis ou de l'Union européenne ne sont pas directement applicables en Suisse, sauf à l'égard des ressortissants des Etats-Unis et des pays membres de l'Union européenne vivant en Suisse. Cependant, ces sanctions ont une influence indirecte, dans la mesure où les banques suisses sont, dans une certaine mesure, tenues de respecter toutes les sanctions (cf. ci-dessous).

La Suisse, quant à elle, peut prononcer des mesures contraignantes sur la base de la Loi fédérale sur

*** Chef du secteur sanctions, Secrétariat d'Etat à l'Economie de la Confédération suisse.

l'application des sanctions internationales (Loi sur les embargos), afin de faire respecter le droit international public, en particulier les droits de l'homme, pour autant que les sanctions aient été décrétées par l'ONU, l'OSCE ou par les principaux partenaires commerciaux de la Suisse.

A ce sujet, on relève une asymétrie entre les principales sanctions selon l'organisation ou le pays qui les décrètent. Généralement, les sanctions décidées par les Etats-Unis sont plus étendues dans la mesure où elles s'appliquent à un plus grand nombre de personnes ou imposent des limitations plus strictes à l'encontre des personnes ciblées que les sanctions décidées par l'Union européenne.

Les différents types de sanctions

Afin d'appréhender les différentes sanctions et leur singularité, il convient de revenir sur leurs critères distinctifs. On différenciera ainsi sanctions ordinaires et sanctions secondaires ; sanctions globales et sanctions ciblées.

Sanctions ordinaires et sanctions secondaires

Les « sanctions secondaires » illustrent significativement l'approche radicale du droit américain. Ces sanctions indirectes sont prononcées contre des personnes ou entreprises étrangères (non-américaines) en interdisant à des personnes ou entreprises américaines de rentrer en relation d'affaires avec ces entités étrangères. A l'inverse, la Suisse prononce généralement des sanctions similaires à celles de l'Union européenne, mais les sanctions sont décidées au cas par cas en prenant en considération les intérêts de la Suisse. A titre d'exemple, lors du renforcement des sanctions contre l'Iran en 2012, la Suisse s'est abstenue de durcir sa position à l'égard de l'Iran afin de ne pas affaiblir sa position particulière dans ce pays où elle représente également certains intérêts diplomatiques des Etats-Unis (mandat de puissance protectrice). Cependant, la Suisse reprend et applique telles quelles les sanctions prononcées par le Conseil de Sécurité de l'ONU.

Sanctions globales et sanctions ciblées

On retient également une distinction entre les sanctions globales, comme par exemple celles décrétées contre l'Irak entre 1990 et 2003, et les sanctions ciblées (*smart sanctions*) touchant des personnes ou des secteurs spécifiques (matériel militaire, pétrole, gaz, métaux, etc.). Les premières ont l'avantage d'être faciles à mettre en œuvre, mais ce sont ces dernières qui ont fait l'objet d'un engouement plus prononcé au fil des années dans la mesure où elles s'avèrent moins lourdes de conséquences pour les populations civiles locales. En contrepartie, les mesures ciblées sont plus coûteuses à appliquer et elles sont plus incisives pour les personnes touchées ou

international sanctions (Embargo Act) in order to enforce international public law, in particular to do with human rights, to the extent that the sanctions have been ordered by the United Nations, the OSCE or the main commercial partners of Switzerland.

On this subject, an asymmetry can be noted among the main sanctions, depending on the organisation or the country imposing them. Generally, the sanctions decided by the US are broader in the sense that they apply to a larger number of persons or impose stricter limitations on the targeted persons, than the sanctions ordered by the EU.

The different types of sanctions

To understand the different sanctions and their singularity, we need to look at their distinctive criteria. We can differentiate between ordinary sanctions and secondary sanctions; global sanctions and targeted sanctions.

Ordinary sanctions and secondary sanctions

The "secondary sanctions" illustrate in a significant manner the radical approach of US law. These sanctions target persons or companies abroad (non-Americans) by prohibiting American persons or companies to enter into business relationships with these foreign entities. To the contrary, Switzerland usually issues sanctions similar to those of the EU, but the sanctions are decided on a case-by-case basis and take into consideration the interests of Switzerland. By way of example, when sanctions against Iran were strengthened in 2012, Switzerland abstained from taking a stricter stance towards Iran to avoid undermining its particular position in this country, where it also represents certain diplomatic interests of the US (so called "protecting power mandate"). However, Switzerland replicates and applies the sanctions of the United Nations' Security Council as they are.

Global sanctions and targeted sanctions

We note as well a distinction between global sanctions, such as the ones decided against Iraq between 1990 and 2003, and targeted sanctions ("smart sanctions") affecting specific persons or sectors (military material, oil, gas, metals, etc.). The former have the advantage of being easy to implement, but the latter have become more popular over the years, because their consequences appear less cumbersome for the local civil populations. On the other hand, targeted measures are much more expensive to implement and they are much more incisive for the targeted or "listed" persons, who do not benefit from a sufficient protection of their rights for the time being. Switzerland is active on the international level to try to improve and establish clear and equitable "listing" and "de-listing" procedures.

« listées », qui ne bénéficient pas pour l'heure d'une protection juridique suffisante. La Suisse s'engage sur le plan international pour améliorer et établir des procédures claires et équitables de « listing » et de « de-listing ».

Effectiveness of sanctions

According to a study, only one-third of sanctions are effective and pay off. Despite of this limited effectiveness, states use them due to a lack of alternatives: a political condemnation is ineffective and a military intervention entails very high costs and risks. Consequently, sanctions enable states to gain time to negotiate a political solution.

EFFECTS OF SANCTIONS ON INTERNATIONAL CONTRACTS

Jean-Michel Jacquet

Sanctions raise various problems from an international trade perspective, including the question of extraterritoriality, and the applicability of coercive measures to international contracts as well as their effects. When an international contract is entered into between two parties, while one of these parties is targeted by international sanctions, does the co-contracting party need to respect the sanctions?

And if so, how can the contract be terminated?

This presentation analyses these questions in general, without reference to the law of a specific jurisdiction. In a concrete case, they would have to be analysed from the angle of the law applicable to the contract.

Temporality and territoriality

If a sanction is adopted after the conclusion of a contract, the measure doesn't usually apply to the contract.

However, if a coercive measure is adopted before the conclusion of a contract and the parties nevertheless enter into it, it should be assumed that they have accepted the risk thereof. Thus, the sanctions should be applicable to the contractual relationship.

Another question that needs to be analysed is whether a sanction adopted under the laws of another jurisdiction than the law applicable to the contract can have an effect on said contract. In general, sanctions adopted by the US are combined with extraterritorial effects: this is the case of "secondary sanctions", which have to be complied with by companies owned

Efficacité des sanctions

Selon une étude,¹ seul un tiers des sanctions sont efficaces et portent leurs fruits. Malgré cette efficacité relative, les Etats y recourent en raison du manque d'alternatives : une condamnation politique est inefficace et une intervention armée comporte des coûts et des risques très élevés. Dès lors, les sanctions permettent de gagner du temps et de négocier une solution politique.

EFFETS DES SANCTIONS SUR LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Prof. Jean-Michel Jacquet****

Les sanctions soulèvent différentes problématiques en matière de commerce international, notamment celles de l'extraterritorialité, de l'applicabilité des mesures de coercition à des contrats internationaux et de leurs effets. Lorsqu'un contrat international est conclu entre deux parties, alors que l'une d'entre elles est touchée par des sanctions internationales, le cocontractant doit-il respecter les sanctions ?

Et le cas échéant, comment peut-on résoudre le contrat ?

La présente intervention analyse ces questions de manière générale sans référence à un droit spécifique. Dans un cas concret, elles devront être analysées sous l'angle du droit applicable au contrat.

Temporalité et territorialité

Si une sanction est adoptée après la conclusion d'un contrat, la mesure ne s'applique généralement pas au contrat.

En revanche, si une mesure coercitive a été édictée avant la conclusion du contrat et que les parties entrent néanmoins en matière, elles seront réputées en avoir accepté les risques. Les sanctions devraient donc être applicables à la relation contractuelle.

La question se pose également de savoir si une sanction prise en dehors de l'ordre juridique du droit applicable au contrat peut avoir un effet sur ledit contrat. Généralement, les sanctions édictées par les Etats-Unis sont assorties d'effets d'extraterritorialité : c'est ainsi le cas des « sanctions secondaires » qui doivent être respectées par des sociétés

**** Professeur honoraire à l'Institut de hautes études internationales et du développement, Genève.

dont le capital est détenu par des sociétés américaines ou par des personnes privées domiciliées aux Etats-Unis ainsi que par des sociétés américaines en relation d'affaires avec des sociétés étrangères visées par des sanctions des Etats-Unis.

En conséquence, même si ces sanctions ne sont pas directement reconnues dans le pays tiers, elles ne peuvent être ignorées par les parties à un contrat international compte tenu de leurs effets sur ces sociétés ou personnes américaines. Il en résulte une application de facto des sanctions américaines.

A titre d'exemple, imaginons que General Electric (ou l'une de ses filiales à l'étranger) ait l'intention de signer un contrat avec une contrepartie figurant sur la liste des sanctions américaines contre l'Iran. General Electric devrait alors respecter l'interdiction qui lui est imposée de ne pas faire affaire avec la société iranienne. Dans le cas contraire, General Electric risque de se voir infliger une amende par l'administration américaine.

Conflit entre extraterritorialité et respect du contrat

Envisageons à présent l'hypothèse dans laquelle une partie ne respecte pas ses obligations contractuelles en prétextant l'application de sanctions internationales. Il s'agit de déterminer si ce comportement engage la responsabilité contractuelle de la partie défaillante, qui sera condamnée à verser des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle.

Les deux cas de figure suivants sont à envisager :

- (a) Le tribunal conclut à l'applicabilité des sanctions. Dans ce cas, le prononcé de dommages-intérêts semble exclu.
- (b) Le tribunal conclut à l'inapplicabilité des sanctions et des dommages-intérêts devraient être dus. Dans ce cas, on peut se demander si la partie défaillante pourrait malgré tout se soustraire à ses obligations contractuelles et éviter d'engager sa responsabilité en se prévalant d'autres règles visant à protéger une partie lorsque les conditions de conclusion du contrat ont fondamentalement changé (la *clausula rebus sic stantibus*) ou lorsqu'un événement indépendant de sa volonté, imprévisible et insurmontable est survenu depuis la conclusion du contrat (art.79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)).

Survie du contrat ?

Lorsque les sanctions n'ont qu'un caractère temporaire, le contrat est réputé suspendu. Cependant, les sanctions

by US companies or by private individuals domiciled in the US, as well as by US companies doing business with foreign companies targeted by sanctions of the US.

Consequently, even if these sanctions are not directly recognised by other countries, they cannot be ignored by the parties to an international contract, given their effect on these companies or US persons. This results in a de facto application of the US sanctions.

For instance, imagine that General Electric (or one of its subsidiaries abroad) intends to enter into an agreement with a counterparty figuring on the US sanctions list against Iran. General Electric would have to comply with the prohibition to do business with the Iranian company. Otherwise, General Electric may be fined by the US administration.

Conflict between extraterritoriality and respect for the contract

Let us envisage the situation where a party does not comply with its contractual obligations by claiming that international sanctions apply. We would have to determine whether this behaviour triggers the contractual liability of the defaulting party, which would then be condemned to pay damages for breach of contract.

The following two scenarios can be envisaged:

- (a) The court comes to the conclusion that the sanctions apply. In this case, damages seem excluded.
- (b) The court comes to the conclusion that the sanctions don't apply and that damages are due. In this case, one can ask oneself whether the defaulting party can nevertheless avoid any contractual obligations and liability by claiming that other rules apply protecting a party when the circumstances under which the contract was entered into have fundamentally changed (the *clausula rebus sic stantibus*) or when an event, which is beyond its control, which could not reasonably have been expected and which cannot be avoided or overcome has taken place since the conclusion of the contract (art.79 of the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG)).

Survival of the contract?

When the sanctions only have a temporary character, the contract is suspended. However, as sanctions are

often extended over time, the parties must be able to terminate the contract. It should be noted that both the CISG and the Unidroit principles are not really adapted to this situation.

Practical consequences

Let us get back to our previous example with General Electric. To the extent that a court rejects the applicability of sanctions to the contract, but that General Electric and its subsidiary must nevertheless comply with these sanctions to avoid heavy fines, General Electric would face a choice: either the subsidiary fulfils the contract and its parent company, General Electric, risks a fine; or the subsidiary would not fulfil its contractual obligations, which would give rise to claims for damages.

On this last point it seems paradoxical that the subsidiary is condemned whereas the failure to perform under the contract results from circumstance beyond its control. Hence, the situation is not satisfactory, but one can assume that the subsidiary of General Electric would prefer to fail to perform its contractual obligations and would try to hide behind the argument of the unforeseeable nature of the sanctions to avoid being condemned to pay damages.

COMPLIANCE WITH SANCTIONS BY BANKS AND OTHER FINANCIAL INTERMEDIARIES

Natacha Polli

Compliance with sanctions raises certain challenges in the organisation of the banks.

Risks

Small banks often only screen their own clients, not the beneficiaries of payments. For this they rely on the screening done by the correspondent banks. This procedure is not sufficient, as the payment will be blocked by the correspondent bank as soon as it is transferred. Concretely, this could have the following consequences:

- (a) The Swiss bank could see its account with its correspondent bank in the US or in the EU blocked, resulting in the freezing not only of the litigious payment, but of all assets deposited with the correspondent bank.

ayant tendance à se prolonger dans le temps, les parties doivent pouvoir mettre fin au contrat. On notera que tant la CVIM que les Principes Unidroit ne soient pas entièrement adaptés à cette situation.

Conséquences pratiques

Revenons à notre exemple précédent concernant General Electric. Pour autant qu'un tribunal rejette l'applicabilité des sanctions au contrat, mais que General Electric et sa filiale doivent malgré tout respecter ces sanctions au risque d'être condamnées à des amendes importantes, General Electric se trouverait alors face à un choix cornélien : soit la filiale contractante poursuit l'exécution du contrat et alors sa maison mère, General Electric, risque une amende ; soit la filiale se dérobe à ses engagements contractuels et engage sa responsabilité contractuelle sanctionnée par des dommages-intérêts.

Il est paradoxal sur ce dernier point, que la filiale soit condamnée, alors que l'inexécution contractuelle résulte de circonstances indépendantes de sa volonté. La situation n'est donc pas satisfaisante, mais on peut envisager que la filiale de General Electric, partie au contrat, préférera faillir à ses obligations contractuelles et essayer de se retrancher derrière l'argument de l'imprévisibilité des sanctions pour éviter d'être condamnée à des dommages-intérêts.

APPLICATIONS DES SANCTIONS PAR LES BANQUES ET AUTRES INTERMEDIARIES FINANCIERS

Mme Natacha Polli*****

L'application concrète des sanctions soulève certains défis dans l'organisation des banques.

Risques

Les petites banques n'appliquent souvent qu'un screening de leurs propres clients, mais pas des destinataires des paiements. Elles s'appuient pour ce faire sur les banques correspondantes. Cette façon de procéder n'est pas suffisante puisque le paiement sera bloqué auprès de la banque correspondante dès son transfert. Concrètement, cela n'est pas sans conséquences :

- (a) La banque suisse pourrait voir son compte auprès de sa banque correspondante aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne bloqué avec pour résultat que, non pas le seul paiement litigieux, mais tous les avoirs déposés auprès de la banque correspondante seront gelés.

***** Avocate, PAZ Consultants SA, Genève, Conseil en gouvernance et compliance.

- (b) La banque correspondante pourrait résilier la relation d'affaires avec la banque suisse, estimant qu'elle ne remplit pas les critères de diligence suffisants. Il s'ensuivrait une difficulté pour la banque suisse de trouver une autre banque correspondante.

Conséquences en Suisse

Suite à une importante amende infligée par les Etats-Unis au Crédit Suisse pour avoir contrevenu à des sanctions américaines, l'Autorité fédérale suisse de surveillance des marchés financiers (FINMA) a adopté la position qui relève de la bonne organisation requise par la Loi sur les banques et les caisses d'épargne et selon laquelle les banques doivent éviter les risques dans d'autres juridictions pouvant avoir un effet sur leurs activités.

Selon la FINMA le

« droit suisse de la surveillance exige des établissements concernés qu'ils prennent dûment en compte les risques juridiques liés aux normes étrangères, qu'elles déploient des effets intraterritoriaux ou extraterritoriaux, et qu'ils mettent en oeuvre toutes les mesures utiles, notamment organisationnelles, pour éviter que ces risques se matérialisent. »²

Processus adéquat

Les banques suisses doivent établir un processus adéquat afin d'éviter tous risques liés aux sanctions décrétées en Suisse et dans d'autres pays. Ce processus comporte plusieurs dimensions :

- (a) *Une veille juridique et réglementaire* : un élément essentiel à cet effet est la mise en place d'une veille juridique et réglementaire suivant l'évolution des sanctions et mesures applicables.
- (b) *Une veille médiatique* : afin de tenir compte des brefs délais avant l'entrée en vigueur des sanctions (souvent le jour même), les banques doivent anticiper l'adoption de nouvelles sanctions en mettant en place une veille de l'actualité médiatique. A titre d'exemple, avant que les sanctions ne soient décidées dans le contexte de la crise en Ukraine, tant les Etats-Unis que l'Union européenne avaient rendu public qu'ils se réservaient la possibilité de mettre en oeuvre de telles mesures.
- (c) *L'adoption de « best practice »* : les banques doivent déterminer l'étendue du screening des noms avant tout transfert. Il est recommandé d'adopter une approche exemplaire (*best practice*).

- (b) The correspondent bank could terminate its business relationship with the Swiss bank, based on the assumption that the latter's diligence standards are insufficient. The Swiss bank would then face the difficulty of finding another correspondent bank.

Consequences in Switzerland

Following a heavy fine imposed by the US on Credit Suisse for having breached US sanctions, the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA) adopted the position that it falls within the good organisation required by the Swiss Federal Act on banks and savings banks that the banks must avoid risks in other jurisdictions that may have an effect on their activities.

According to FINMA, the

"Swiss supervisory law does ... require supervised entities to pay due consideration to the legal risks associated with standards of this type which have a territorial and an extra-territorial scope. In particular, they must take all possible organisational measures to prevent such risks from materialising."

Suitable process

Swiss banks must set up a suitable process to avoid all risks related to sanctions issued in Switzerland and in other countries. This process entails several dimensions:

- (a) *Legal and regulatory monitoring*: an essential element for this purpose is the setting up of legal and regulatory monitoring following the evolution of the sanctions and applicable measures.
- (b) *Media monitoring*: in order to take into account the short deadlines before the entry into force of sanctions (often on the same day), the banks must anticipate the adoption of new sanctions by setting up monitoring of the news in the media. For example, before sanctions were decided in connection with the crisis in Ukraine, both the US and the EU had announced that they reserved the possibility to implement such measures.
- (c) *The adoption of best practice*: the banks must determine the scope of the screening of names before any transfer. It is recommended to adopt best practice in this respect.

ACCESS TO JUSTICE AND ARBITRATION

Mr Philippe Bärtsch

Often, the implementation of sanctions conflicts with the respect of fundamental procedural rights protecting the targeted persons. The *Nada* and *Al-Dulimi* cases perfectly illustrate this problem.

Over the last few years, there have been some improvements in the procedure of registration and deletion of persons on the UN sanctions lists. A “focal point” is in charge of receiving all de-listing requests. Moreover, an independent mediator has been designated in relation with the measures against Al-Qaeda, who can issue recommendations on a request for de-listing. However, despite this progress, the effective legal protection of targeted persons remains insufficient.

The *Nada* case

Mr Youssef Nada was domiciled in the Italian enclave of Campione in Ticino, when his name was registered on 9 November 2001 on the list of sanctioned persons targeted by the Ordinance ordering measures against persons or entities linked to Osama bin Laden, to the Al-Qaeda group or to the Taliban. These measures prohibited him from entering in or transiting through Switzerland, thereby resulting in fact in a house arrest, as the Campione enclave is entirely surrounded by Switzerland, and being deprived from access to the medical care adapted to his health situation.

In 2005, Mr Nada requested from the Federal Council to be removed from this list, which request was rejected by the State Secretariat for Economic Affairs (SECO) on the grounds that a country may not strike out a name appearing on the list of the Sanctions Committee of the United Nations' Security Council. After his appeal to the Federal Department for Economic Affairs was rejected, Mr Nada filed an appeal to the Federal Council, which referred the case to the Swiss Federal Court.

In 2007, the Federal Court rejected the appeal of Mr Nada and justified its decision based on the mandatory character of the resolutions of the Security Council for the Member States in accordance with art.25 of the United Nations Charter and its prevailing over any other international public law obligations (art.103 of the Charter). According to the Federal Court, it doesn't leave any flexibility to the Member States in the implementation of the sanctions ordered by the Security Council.

Following the decision of the Federal Court, Mr Nada lodged an appeal with the European Court of Human

ACCES A LA JUSTICE ET ARBITRAGE

Me Philippe Bärtsch*****

L'application des sanctions entre souvent en conflit avec le respect des droits fondamentaux de procédure protégeant les personnes visées par celles-ci. Les affaires *Nada* et *Al-Dulimi* illustrent parfaitement cette problématique.

Quelques améliorations sur la procédure d'inscription et de radiation des personnes sur les listes de l'ONU ont vu le jour au cours des dernières années. Un « point focal » est chargé de recevoir les demandes de radiation. De plus, un médiateur indépendant, qui peut émettre une recommandation sur la demande de radiation, a été désigné pour les mesures contre Al-Qaïda. Mais malgré cette amélioration, la protection juridique effective des personnes ciblées demeure insuffisante.

L'affaire *Nada*

Monsieur Youssef Nada était domicilié dans l'enclave italienne de Campione au Tessin, lorsque son nom a été inscrit le 9 novembre 2001 sur la liste des personnes sanctionnées dans le cadre de l'Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Taliban. Ces mesures lui interdisaient notamment l'entrée en Suisse et le transit par celle-ci, résultant de fait en une assignation à résidence, puisque l'enclave de Campione est entièrement entourée par la Suisse, et dépourvue d'accès à des soins médicaux appropriés à son état de santé.

En 2005, M. Nada demande sa radiation de cette liste au Conseil fédéral, demande rejetée en 2006 par le Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO) au motif qu'un pays ne peut pas retirer un nom figurant sur la liste du Comité des sanctions du Conseil de Sécurité de l'ONU. Après un recours rejeté au Département fédéral de l'économie, M. Nada recourt au Conseil fédéral qui renvoie l'affaire au Tribunal fédéral.

En 2007, le Tribunal fédéral rejette le recours de M. Nada et justifie sa décision³ par le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de Sécurité pour les Etats membres conformément à l'art.25 de la Charte des Nations Unies et à sa primauté sur toutes autres obligations de droit international public (art.103 de la Charte). Selon le Tribunal fédéral, celle-ci ne laisse aucune marge de manœuvre aux Etats membres dans la mise en œuvre des sanctions prononcées par le Conseil de Sécurité.

Suite à la décision du Tribunal fédéral, M. Nada interjette un recours auprès de la Cour européenne des droits de

***** Avocat, Schellenberg Wittmer, Genève.

l'homme. Il fait valoir une violation du droit à la vie privée (art.8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)), du droit à un recours juridictionnel effectif (art.13 CEDH) et du droit à la liberté et à la sûreté (art.5 CEDH). La Cour a admis le recours⁴ en estimant que la Suisse jouissait d'une certaine latitude (*Ermessensspielraum*), restreinte mais réelle, dans la mise en œuvre des sanctions. Selon la Cour, la Suisse ne pouvait pas se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de Sécurité mais aurait dû explorer d'autres solutions afin d'adapter le régime des sanctions à la situation particulière de M. Nada de façon à ne pas empiéter sur sa vie privée et familiale. De plus, la Cour a jugé que M. Nada n'avait pas disposé de moyens juridictionnels effectifs afin de pouvoir procéder à la radiation de son nom.

L'affaire *Al-Dulimi*

Après l'invasion du Koweït en août 1990, le Conseil de Sécurité de l'ONU a ordonné des sanctions contre l'Irak et le gel des avoirs de certaines personnes proches du régime de Saddam Hussein ainsi que leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak. M. Khalaf M. Al-Dulimi était responsable des finances des services secrets irakiens sous ledit régime. En 2004, le Comité des sanctions a inscrit la société Montana Management Inc., dont M. Al-Dulimi était le directeur, sur la liste des personnes sanctionnées. Suite à la mise en œuvre en Suisse des sanctions du Comité de Sécurité, les avoirs de la société Montana Management Inc. ont fait l'objet d'une procédure de confiscation. M. Al-Dulimi a entamé une demande de radiation auprès du Comité des sanctions et la procédure de confiscation a été suspendue en Suisse, avant d'être reprise en 2005. Une décision de confiscation a été rendue en 2006 contre laquelle un recours de droit administratif a été formulé auprès du Tribunal fédéral pour violation du droit à la propriété ainsi que pour violation des garanties fondamentales de procédure.

Conformément à l'art.190 de la Constitution suisse, le Tribunal fédéral se doit d'appliquer le droit international et l'art.103 de la Charte des Nations Unies prévoit une primauté des obligations des Etats membres soumis à la Charte par rapport à leurs obligations en vertu de tout autre accord international. Le Tribunal fédéral a conclu⁵ que la mise en œuvre de la résolution du Conseil de Sécurité exigeait une application stricte des mesures imposées contre Montana Management Inc. ne laissant aucune place à un examen de la procédure d'inscription de la recourante sur la liste du Comité des sanctions ou de la justification d'une telle inscription, sauf cas exceptionnel d'une éventuelle violation du *jus cogens* qui ne semble pas établi dans ce cas.

La résolution de sanction du Conseil de Sécurité ne laissait pas de marge de manœuvre, mais la Suisse, bien qu'ayant le droit de transférer des pouvoirs souverains à une

Rights. He asserted a violation of the right to respect for private life (art.8 of the European Convention on Human Rights (ECHR)), of the right to an effective remedy (art.13 ECHR) and of the right to liberty and security (art.5 ECHR). The Court admitted the appeal, considering that Switzerland enjoyed some latitude (*Ermessensspielraum*), which was admittedly limited but nevertheless real, in implementing the sanctions. According to the Court, Switzerland could not simply confine itself to relying on the binding nature of the Security Council resolutions, but should have explored other solutions to adapt the sanctions regime to Mr Nada's specific situation in order not to interfere with his private and family life. Moreover, the Court found that Mr Nada didn't have any effective judicial means of obtaining the removal of his name from the list.

The *Al-Dulimi* case

After the invasion of Kuwait in August 1990, the United Nations' Security Council ordered sanctions against Iraq and the freezing of the assets of certain persons close to Saddam Hussein's regime as well as their transfer to the Development Fund for Iraq. Mr Khalaf M. Al-Dulimi was in charge of the finances of the Iraqi secret services under said regime. In 2004, the Sanctions Committee listed the company Montana Management Inc., of which Mr Al-Dulimi was the managing director, on the list of sanctioned persons. Following the implementation in Switzerland of the Security Council's sanctions, the assets of the company Montana Management Inc. were subject to a seizing procedure. Mr Al-Dulimi initiated a de-listing application with the Sanctions Committee, and the confiscation procedure was suspended in Switzerland, before resuming in 2005. A confiscation decision was rendered in 2006, against which an administrative law appeal was lodged with the Swiss Federal Court for violation of the right to property as well as for violation of the fundamental guarantees of procedure.

According to art.190 of the Swiss Constitution, the Federal Court has to apply international law, and art.103 of the United Nations' Charter foresees that the obligations of the Member States subject to the Charter prevail over any other international agreement. The Federal Court decided that the implementation of the Security Council's resolution required a strict application of the measures imposed against Montana Management Inc. without leaving any room for a review of the procedure relating to the listing of the appellant on the list of the Sanctions Committee or the justification of such a listing, save for exceptional cases of a possible violation of *jus cogens*, which doesn't seem given in this case.

The resolution of sanctions by the Security Council didn't leave any flexibility, but Switzerland, despite having the right to transfer sovereign powers to an

international organisation such as the United Nations, remains

“responsible under the Convention for all acts and omissions of their organs stemming from domestic law or from the necessity to comply with international legal obligations.”

Thus, it rests with Switzerland to verify whether the United Nations offers an equivalent protection to the one required by the ECHR, which wasn't so in the case at hand, and the Court concluded that there had been a violation of art.6 para.1 of the ECHR.

Unfortunately, the decision of the European Court of Human Rights fails to discuss the question of the conflict of rules when a state is caught between (i) the respect of the United Nations' Charter and in particular its art.103, which foresees that the Charter prevails; and (ii) the respect of the ECHR. Switzerland requested a revision of the decision by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, which confirmed this decision in a judgment of 21 June 2016.

organisation internationale telle que l'ONU, demeure responsable

« au regard de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes qui découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer les obligations juridiques internationales. »

Il appartenait donc à la Suisse de vérifier si l'ONU offrait une protection équivalente à celle requise par la CEDH, ce qui n'était pas donné en l'espèce et la Cour a conclu à une violation de l'art.6 para.1 de la CEDH.⁶

Malheureusement, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme manque de répondre à la question du conflit des normes dans la mesure où un Etat se voit pris en étau entre (i) le respect de la Charte des Nations Unies et en particulier son art.103 instituant une primauté de celle-ci et (ii) le respect de la CEDH. La Suisse a demandé une révision de la décision devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a confirmé cette décision par arrêt du 21 juin 2016.

Notes

1. Voir D. Cortright et G. A. Lopez, *The Sanctions Decade : Assessing UN Strategies in the 1990s* (Boulder/London : Lynne Rienner Publishers, 2000), p.14 s.
2. Rapport FINMA — Trafic des paiements en USD pour des pays et personnes soumis à des sanctions de l'OFAC - Accord entre Crédit Suisse et les autorités américaines, 16 décembre 2009.
3. ATF 133 II 450.
4. Arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 septembre 2012, dans l'affaire *Nada c/. Suisse*, requête No 10593/08 (avec trois opinions concordantes séparées).
5. Arrêt 2A.783/2006 du 23 janvier 2008.
6. Arrêt de la deuxième section de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 novembre 2013, dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/. Suisse*, requête No 5809/08, décision prise par quatre voix contre trois, affaire renvoyée devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, plaidée devant la Grande chambre le 10 décembre 2014 et décidée le 21 juin 2016 par 15 voix contre deux.