

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL

### ■ ÉTATS-UNIS



**GEORGES  
AFFAKI**  
Maître de conférences  
associé  
Université  
Panthéon-  
Assas (Paris II)  
BNP Paribas

- Supreme Court of the United States, *Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al.*, n° 08-1191, 24 juin 2010.
- Amendement au *Securities Exchange Act* par *Dodd-Frank Act*, 21 juillet 2010.
- *In re Alstom, S.A. Securities Litigation*, n° 03 Civ. 6596, 2010 WL 3718863 (S.D.N.Y. 16 septembre 2010).
- *In re Société Générale Securities Litigation*, n° 08 Civ. 2495 (S.D.N.Y. 29 septembre 2010).
- *In re Vivendi Universal, S.A. Securities Litigation*, n° 02 Civ. 5571 (S.D.N.Y. 23 février 2011).
- *Norex Petroleum Ltd. v. Access Industries, Inc.*, n° 07-4553-cv, 2010 WL 3749281 (2d Cir. 28 septembre 2010).
- *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, n° 06-4800-cv, 06-4876-cv, 2011 U.S. App. LEXIS 2500 (2d Cir. 4 février 2011).

### Article 10b-5 du *Securities Exchange Act* de 1934 – application extraterritoriale (non) – RICO – ATS – Dodd-Frank Act.

Une loi est présumée avoir une portée territoriale à défaut d'intention contraire clairement affirmée par le Congrès.

L'article 10b-5 du *Securities Exchange Act* ne s'applique qu'aux achats ou ventes de titres admis à la cotation sur un marché organisé aux États-Unis et aux achats ou ventes de tous autres titres intervenus aux États-Unis, quel que soit le lieu de résidence des acheteurs.

Les certificats de dépôt d'actions (ADR) admis à la cotation sur un marché organisé aux États-Unis mais représentant des titres qui n'y sont pas admis n'entrent pas dans le champ du *Securities Exchange Act* et ne peuvent servir de base à une action pour des infractions qui seraient liées à ces titres.

**1. La fin de l'extraterritorialité des lois américaines ?**  
Longtemps attendu, l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis *Morrison v. National Australia Bank* fut à la hauteur des attentes. Historique, d'une autorité sans tâche à l'égard des tribunaux inférieurs par l'unanimité des huit juges de la Cour<sup>1</sup>, il se révèle l'un des arrêts les plus marquants de ces dernières années en matière d'opérations financières. Largement commenté aux États-Unis et en France<sup>2</sup>, il a

1. La juge Sotomayor n'a pas pris part aux délibérations et au jugement. Le juge Stevens a rédigé un avis concordant, auquel le juge Ginsburg s'est ralliée, ainsi que le juge Breyer, confirmant leur accord avec l'arrêt mais leur dissension avec certaines formulations utilisées par le juge Scalia pour motiver la décision.
2. H. de Vauplane et alii, *Chronique de droit financier et boursier*, *Banque & Droit* n° 132, juillet-août 2010, p. 23 ; E. Gaillard, « États-Unis : coup d'arrêt aux class actions extraterritoriales – À propos de l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 24 juin 2010 », *JCP G*, 2010, n° 27, pp. 1381-1382 ; « Foreign-Cube : La Cour

sonné le glas de l'application extraterritoriale abusive des lois américaines, bien au-delà du seul *Securities Exchange Act* en cause dans l'arrêt. Les principes qu'il édicte ont ainsi amené les tribunaux fédéraux à rejeter plusieurs actions collectives prétendant attirer devant les juridictions américaines des défendeurs étrangers pour des opérations présentant des facteurs de rattachement contestables avec les États-Unis.

Nous revenons dans cette chronique sur les principaux enseignements de l'arrêt *Morrison* et offrons un panorama de la jurisprudence postérieure ayant fait application des principes qu'il énumère, y compris dans des affaires dépassant le cadre des opérations sur titres qui motivèrent l'arrêt à l'origine.

**2. Les faits.** La National Australia Bank, une banque australienne dont les actions ne sont pas admises à la cotation sur un quelconque marché organisé aux États-Unis<sup>3</sup>, acquit en 1998 une société américaine de recouvrement de prêts immobiliers. L'investissement se révéla hasardeux, fut provisionné, et entraîna une chute importante du cours de l'action de cette banque. Trois citoyens australiens ayant acheté des actions de la banque en Australie intentèrent alors une action contre la banque et ses dirigeants devant les tribunaux américains pour présentation de comptes

Suprême des États-Unis amenée à se prononcer. », *JCP G*, 2010, n° 13 ; « Les leçons de l'affaire *Morrison*. Réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour Suprême des États-Unis le 24 juin 2010 », *Bulletin Joly Bourse*, 2010, n° 4, pp. 308-314 ; M. Dubertret, « Affaire *Morrison v. National Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, 2010, n° 4, pp. 32-34 ; Y. Paclot, « Class actions : le vent du boulet », *Revue de droit bancaire et financier*, 2010, n° 4, étude 17, p. 3 ; B. Baheu-Derras, « Le contentieux boursier à l'épreuve du forum shopping – Décryptage de l'affaire *Morrison v. National Australia Bank* », *JCP E*, 2010, n° 30, pp. 15-20 ; F. Creux-Thomas, « Cour Suprême Equal justice under law », *JCP G*, 2010, n° 13, p. 339 ; R. Mortier, « La Cour Suprême des États-Unis brise les *Foreign-Cubed class actions* », *Revue de Droit des sociétés*, 2010, n° 10, pp. 25-28 ; O. Pell, G. Terwilliger, D. Wall, « Supreme Court to move on F-Cubed securities cases : High Court to consider reach of U.S. securities law as to non-U.S. issuers », *Banking Law Journal*, 2010 ; J.B. Rubenstein, « Fraud on the global market: U.S. courts don't buy it – subject-matter jurisdictions in F-Cubed securities class actions », *Cornell Law Review*, Vol. 95, pp. 627-655. De nombreux cabinets d'avocats américains ont également posté sur leur site web un commentaire de l'arrêt.

3. Des certificats de dépôts d'actions (*American Depositary Receipts* – ADR) émis au nom de la National Australia Bank étaient cependant enregistrés auprès de la SEC et cotés sur le marché financier de New York. Ce fait est toutefois sans rapport avec l'affaire car les plaignants australiens n'invoquaient pas l'éventuelle propriété de tels certificats pour asseoir leur demande mais bien des actions de la banque qui, quant à elles, n'étaient pas admises à la cotation aux États-Unis. Par contre, la cotation des ADR sur le marché américain sera l'un des éléments déterminants des arrêts *Société Générale*, *Vivendi* et *Alstom* discuté aux paragraphes 9 et suivants *infra*.

falsifiés de la société acquise. Les demandeurs s'adjoignirent le concours bienveillant d'un citoyen américain, M. Morrison, comme demandeur supplémentaire en vue de créer un lien de rattachement avec les États-Unis. Tant le District Court (premier degré de juridiction fédérale) que le Second Circuit (cour d'appel) rejetèrent la demande pour défaut de compétence territoriale et, dans le cas du co-demandeur américain, dès la première instance, pour absence de préjudice indemnisable<sup>4</sup>.

**3. L'arrêt.** La Cour Suprême accepta le pourvoi qui lui était présenté, marquant ainsi son souhait d'uniformiser l'interprétation des tribunaux fédéraux de l'article 10b-5 du Securities Exchange Act de 1934, pierre angulaire de l'argumentation développée par les demandeurs. Tout en confirmant le rejet de la demande, la Cour Suprême substitua ses propres motifs à ceux du Second Circuit et arrêta net l'interprétation extraterritoriale *contra legem* de l'article 10b-5 dont le Second Circuit s'était fait le chantre depuis de longues années<sup>5</sup>.

**4.** Le raisonnement que suivit le juge Scalia, principal rédacteur de l'arrêt, est remarquable à plusieurs égards. En effet, là où le Second Circuit voyait un défaut de compétence territoriale l'empêchant de connaître de la demande, la Cour Suprême vit un défaut de compétence dans le champ *ratione materiae* que les plaignants prétendaient attribuer à l'article 10b-5. L'article en question dispose :

« Rule 10b-5 – Employment of Manipulative and Deceptive Devices

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

- a. To employ any device, scheme, or artifice to defraud,
  - b. To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or
  - c. To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person,
- in connection with the purchase or sale of any security. »

**5.** Longtemps, le Second Circuit dota l'article 10b-5 d'une portée extraterritoriale, nullement inhibé en cela par l'absence de référence dans la loi soutenant une telle interprétation. Les critères que le Second Circuit retenait pour lui conférer une telle portée variaient selon le cas d'espèce qui lui était soumis. En résulta une juris-

prudence, qualifiée à juste titre par la Cour Suprême de « divinatoire », d'une telle complexité qu'elle empêchait de fait toute prévisibilité ou certitude. Or, comme la Cour Suprême le rappela en citant l'arrêt fondateur *Aramco*, « il est un principe de droit constant que les lois du Congrès, sauf indication contraire, ont vocation à s'appliquer uniquement sur le territoire américain »<sup>6</sup>. C'est là une présomption, certes simple, mais importante car elle suit le principe même de l'action du législateur : « le Congrès légifère ordinairement sur les matières internes, et non étrangères »<sup>7</sup>. En l'absence d'indication à l'article 10b-5 d'une quelconque intention du législateur de lui attribuer une portée extraterritoriale, cet article ne peut fonder l'action de demandeurs étrangers, intentée principalement à l'encontre de défendeurs étrangers, pour de prétendus actes dommageables qui seraient liés à des titres négociés sur des marchés financiers étrangers. Ce type d'actions entachées d'une triple extranéité est généralement désigné sous l'expression « *foreign-cubed* ». Pendant plus de 40 ans, le Second Circuit avait néanmoins inversé la présomption, arguant qu'en l'absence d'indication dans la loi quant à sa portée extraterritoriale, il incombe au tribunal de discerner les situations auxquelles le Congrès aurait voulu que la loi s'appliquât<sup>8</sup>.

**6.** Rejetant l'argument des demandeurs, pourtant appuyé par le *Solicitor General* (procureur des États-Unis) et le gouvernement des États-Unis intervenant comme *amicus curiae*, la Cour refusa de voir dans la référence à l'« *interstate commerce* »<sup>9</sup> figurant dans le chapeau de l'article 10b-5 une référence au commerce international qui permettrait de déceler une intention du législateur de conférer à cette disposition une portée extraterritoriale. Elle souligna que même une référence dans la loi au « *foreign commerce* » ne suffirait pas à inverser la présomption. Elle opposa enfin le silence de l'article 10b-5 à la portée extraterritoriale explicitement conférée par le législateur à un autre article de la même loi, l'article 30(a), qui déclare illégaux les actes des brokers ou dealers effectués en violation de la réglementation de la SEC lorsqu'ils sont liés à des titres admis sur des marchés étrangers mais dont l'émetteur est américain. Si le législateur entendait donner une portée extraterritoriale à l'ensemble du Securities Exchange Act,

6. *EEOC v. Arabian American Oil Co. (Aramco)*, 499 U. S. 244, 248.

7. *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 6 (2010).

8. Pour le Second Circuit, l'application de l'article 10b-5, y compris à des opérations principalement étrangères, dépend de la question de savoir si, dans l'affaire en cause, la Cour pense que le Congrès « wished the precious resources of United States courts and law enforcement agencies to be devoted to them rather than leave the problem to foreign countries. » *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.*, 519 F. 2d 974, 985 (1975) ; voir aussi *IIT v. Vencap, Ltd.*, 519 F. 2d 1001, 1017-1018 (CA2 1975). Cette jurisprudence était fortement critiquée par la doctrine. Voir Choi, Silberman, « Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits », 2009 Wis. L. Rev. 465, 467-468 ; Chang, « Multinational Enforcement of U. S. Securities Laws: The Need for the Clear and Restrained Scope of Extraterritorial Subject-Matter Jurisdiction », 9 *Fordham J. Corp. & Fin. L. Rev.* 106-108, 115-116 (2004) ; Langevoort, « Schoenbaum Revisited: Limiting the Scope of Anti fraud Protection in an Internationalized Securities Marketplace », 55 *Law & Contemp. Probs.* 241, 244-248 (1992) ; Sachs, « The International Reach of Rule 10b-5: The Myth of Congressional Silence », 28 *Colum. J. Transnat'l L.* 677 (1990) ; Note, « Let There Be Fraud (Abroad): A Proposal for A New U.S. Jurisprudence with Regard to the Extraterritorial Application of the Anti-Fraud Provisions of the 1933 and 1934 Securities Acts », 28 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 477, 492-493 (1997) – références citées dans l'arrêt *Morrison*.

9. Terme défini dans 15 U. S. C. §78c(a)(17) comme suit : « trade, commerce, transportation, or communication [...] between any foreign country and any State ».

4. Malgré le rejet en première instance de la demande de M. Morrison, l'appel et le pourvoi restèrent enregistrés sous son nom.

5. Le précédent généralement cité par le Second Circuit à l'appui de la portée extraterritoriale qu'il confère à l'article 10b-5 est son propre arrêt *Schoenbaum v. Firstbrook*, 405 F. 2d 200, 208. D'autres tribunaux fédéraux suivaient aussi la jurisprudence du Second Circuit du fait de la prééminence de New York comme centre financier mondial, cf. In re *CP Ships Ltd. Securities Litigation*, 578 F. 3d 1306, 1313 (CA11 2009) ; *Continental Grain (Australia) PTY. Ltd. v. Pacific Oilseeds, Inc.*, 592 F. 2d 409, 421 (CA8 1979).

raisonna-t-elle, point ne serait besoin de le mentionner explicitement dans le seul cas de l'article 30(a).

7. Afin de renforcer l'affirmation d'une portée purement territoriale de l'article 10b-5, la Cour rappela que le centre d'intérêt du *Securities Exchange Act* n'est pas le lieu où la tromperie alléguée survient ; c'est plutôt le lieu de l'achat et de la vente des titres. Et d'affirmer solennellement que « l'article 10b-5 ne s'applique qu'aux achats ou ventes de titres admis à la cotation sur un marché financier américain, ainsi qu'aux achats ou ventes aux États-Unis de tous autres titres »<sup>10</sup>. Autrement dit, si un demandeur étranger peut toujours attirer un défendeur étranger devant les tribunaux américains sur le fondement d'une violation de l'article 10b-5, encore faut-il que les titres en cause dans le cadre du litige soient cotés sur un marché financier aux États-Unis ou, si cotés à l'étranger, qu'ils aient été acquis aux États-Unis. La Cour adopte là un nouveau critère « transactionnel » qui limite désormais l'applicabilité de l'article 10b-5 à des situations données et qui ne tient en rien à la nationalité ou au lieu de résidence des demandeurs ou des défendeurs. Il vient remplacer les critères de « conduite » et « d'effets » précédemment retenus par les tribunaux du fond prônant l'application de l'article 10b-5 dès lors que le comportement préjudiciable serait intervenu aux États-Unis ou qu'il aurait eu un effet substantiel aux États-Unis ou sur des citoyens américains<sup>11</sup>. C'est contre ces critères casuistiques et peu précis que les gouvernements français, britannique et australien, ainsi que de nombreuses organisations non-gouvernementales, sont intervenus à la procédure *Morrison* à titre d'*amici curiae* en dénonçant dans leurs différents mémoires l'effet perturbant de l'application extraterritoriale de l'article 10b-5 sur les marchés financiers étrangers régulés par des lois étrangères.

8. **Derrière l'arrêt, la politique.** Le raisonnement de la Cour Suprême est imparable en droit. Il est aussi motivé par le souhait de ses membres de limiter l'abus des actions collectives intentées sans vergogne par des avocats rémunérés au résultat. Si cette catégorie bien identifiée d'avocats, connue aux États-Unis sous le nom de « *Plaintiff Bar* », est un soutien traditionnel du parti démocrate, leurs actions infligent un coût considérable aux entreprises américaines qui financent le parti républicain. Une Cour à majorité républicaine ne pouvait donc rester insensible à l'idée de donner une leçon aux promoteurs de ce type d'actions. Dans un *obiter dictum* remarqué, le juge Scalia note ainsi que les États-Unis sont devenus le « *Shangri-La* »<sup>12</sup> des actions collectives pour les avocats agissant au nom des demandeurs prétendument victimes des marchés financiers étrangers. L'arrêt *Morrison* mit à coup sûr un frein à ces actions abusives.

9. **Vivendi, Société Générale, Alstom et l'esprit Morrison.** En 2002, des actionnaires américains et étrangers intentèrent devant les tribunaux fédéraux une action contre

Vivendi S.A. pour déclarations financières mensongères et incomplètes en violation du *Securities Exchange Act* (articles 10b et 20a). Les actions de Vivendi n'étaient admises à la négociation sur aucun marché financier américain. Cependant, des certificats de dépôt d'actions (*American Depositary Receipts* – ADR) représentant des actions Vivendi étaient cotés à la bourse de New York. Le 29 janvier 2010, après quatorze jours de délibérations, le jury reconnut Vivendi coupable de 57 déclarations fausses ou trompeuses. À la clef figurait le versement potentiel de USD 9,3 milliards à titre de dommages-intérêts et intérêts moratoires. Cinq mois après le verdict du jury, l'arrêt *Morrison* renversa la situation. Après avoir demandé aux avocats de remettre des mémoires complémentaires sur l'application de la jurisprudence *Morrison* à l'affaire pendante, le District Court rendit son jugement le 22 février 2011. Se référant à « l'esprit *Morrison* », il décida qu'aucune demande ne pouvait être retenue en l'absence d'admission à la négociation des actions en cause sur un marché américain, et ce, que les acheteurs des actions sur les marchés étrangers soient américains ou non<sup>13</sup>. Le fait que les ADR soient cotés sur la bourse de New York, pourtant un défi majeur à l'application de la jurisprudence *Morrison*, ne pesa pas plus sur la décision de la Cour<sup>14</sup>. Celle-ci décida que les certificats ne faisaient que représenter des actions qui, elles-mêmes, n'étaient admises à la cotation qu'à l'étranger et qu'à ce titre, aucune demande afférente aux actions ne pouvait être admise au titre du *Securities Exchange Act*.

10. La Cour confirme ainsi avec éclat le critère transactionnel énoncé dans *Morrison* tenant au lieu de la transaction, quel que soit le lieu de résidence de l'acheteur. Elle l'affine de surcroît en énonçant que le lieu de la transaction pertinent est celui où l'action est effectivement négociée, et non celui où elle est enregistrée pour satisfaire aux exigences réglementaires d'un programme d'ADR. Pour autant que cette décision fasse autorité, cette dernière précision pourrait barrer la voie aux dizaines de futurs recours en justice qui ne manqueront pas de chercher à limiter l'impact du nouveau critère transactionnel.

11. Si la décision *Vivendi* est à ce jour l'application la plus aboutie de la jurisprudence *Morrison*, les arrêts *Société Générale*<sup>15</sup> et *Alstom*<sup>16</sup> qui l'ont précédée ont également fait une application irréprochable des principes exprimés par la Cour Suprême dans *Morrison*. La demande dans les deux affaires est de nature similaire. Les décisions de rejet le sont aussi. La motivation de la décision *Société Générale* étant plus

10. *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 24 (2010).

11. *SEC v. Berger*, 322 F. 3d 187, 193 (CA22003).

12. *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 21 (2010). On remarque la référence faite par le juge au lieu paradisiaque dépeint par James Hilton dans son roman *Horizon perdu* (1933), éditions Terre de Brume, 2006.

13. *In re Vivendi Universal, S.A. Securities Litigation*, n° 02 Civ. 5571 (S.D.N.Y. 23 février 2011).

14. Les émetteurs d'ADR admis aux négociations sur des marchés américains doivent dans certains cas enregistrer auprès de la SEC les actions que ces ADR représentent. Ce fut le cas en l'espèce. Toutefois, cet enregistrement n'avait pas pour objet de permettre la négociation des actions elles-mêmes sur le marché américain (elles n'étaient admises que sur des marchés étrangers) mais simplement de permettre à une banque dépositaire aux États-Unis de détenir les actions en garantie d'une possible conversion des ADR. La confusion, on le voit, est facile.

15. *In re Société Générale Securities Litigation*, n° 08 Civ. 2495 (S.D.N.Y. 29 septembre 2010).

16. *In re Alstom, S.A. Securities Litigation*, No 03 Civ. 6596, 2010 WL 3718863, (S.D.N.Y. 16 septembre 2010).

largement développée, nous la présenterons donc dans les lignes suivantes. Dans l'action collective introduite à l'encontre la Société Générale et de ses dirigeants, auxquels il était reproché notamment d'avoir présenté de fausses communications financières, les demandeurs, actionnaires et détenteurs d'ADR, se sont heurtés à l'écueil *Morrison*. Les actions de la Société Générale étaient en effet admises à la cotation sur Euronext mais non sur un marché américain. Si les ADR quant à eux s'échangeaient bien à New York, c'était de gré à gré (*over-the-counter*) et non sur un marché organisé. Ce détail pèsera lourd dans la décision de la Cour rendue le 29 septembre 2010. En effet, si pour rejeter la demande des actionnaires, il suffisait à la Cour d'appliquer l'arrêt *Morrison* en matière d'actions non admises à la cotation sur un marché américain, il en allait différemment pour les ADR qui avaient bien été achetés aux États-Unis. D'ailleurs, sans doute consciente de ce fait, la Société Générale ne demanda même pas le rejet de la demande des détenteurs d'ADR. La Cour va pourtant se montrer plus hardie et rejeter la demande de ces derniers, également sur le fondement de *Morrison*, car les ADR représentent des actions admises à la cotation uniquement à l'étranger<sup>17</sup> et, comme le nota la Cour, les certificats étaient négociés de gré à gré, « *a less formal market with lower exposure to U.S.-resident buyers* ». La précision est importante, même s'il faut se garder de conclure *a contrario* que la Cour aurait accepté l'application du *Securities Exchange Act* si les ADR avaient été admis à la cotation sur un marché organisé (NYSE ou Nasdaq par exemple). Le critère transactionnel porte sur le lieu de cotation des actions, et non des ADR qui les représentent où qu'ils soient admis.

**12. La riposte législative.** Le 25 juin 2010, un jour après le prononcé de l'arrêt *Morrison*, le gouvernement américain lança la riposte. Il ajouta deux articles au projet de loi *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010* qui sera par la suite adopté par les deux chambres et promulgué par le Président Obama le 21 juillet 2010. Ces deux dispositions concernent directement l'application extraterritoriale du *Securities Exchange Act* en cause dans *Morrison*<sup>18</sup>.

**13.** Le premier article, la Section 929P(b), modifie le *Securities Exchange Act* pour conférer aux tribunaux fédéraux une compétence extraterritoriale pour toute « *conduct within the United States that constitutes significant steps in furtherance of the violation, even if the securities transaction occurs outside the United States and involves only foreign investors* » ainsi que pour toute « *conduct occurring outside the United States that has a foreseeable substantial effect within the United States.* » C'est là la thèse que soutenait le *Solicitor General* dans la procédure *Morrison* devant la Cour Suprême. C'est aussi l'appel (émotif) que lança le juge Stevens dans son avis concordant dans l'arrêt *Morrison* lorsqu'il mit en garde contre les conséquences du nouveau critère transactionnel. Pour le juge, le nouveau critère priverait de recours un retraité améri-

cain qui achèterait avec l'argent de sa retraite des actions cotées à l'étranger, pour seulement réaliser ensuite que les directeurs de la société émettrice auraient fomenté, à partir de leur filiale aux États-Unis, une fraude affectant la valeur de la société. Le plaidoyer du juge suprême ne l'empêcha pas d'approuver l'arrêt mais tomba dans l'oreille attentive de la SEC qui le transmit aux rédacteurs de lois du Congrès. Le nouvel amendement apporté à la loi *Dodd-Frank* par l'article 929P(b) permet désormais aux autorités pénales et régulatrices américaines de prendre les sanctions nécessaires contre de telles violations sans être arrêtées par le critère transactionnel. Les modifications législatives ne s'appliquent toutefois qu'aux seules actions publiques intentées au pénal par le gouvernement des États-Unis (en pratique, le Ministère de la justice) ou au civil par la *Securities Exchange Commission* (SEC). Pour les demandeurs privés, agissant individuellement ou collectivement, l'éligibilité de leurs demandes au regard du *Securities Exchange Act* demeure conditionnée par le seul critère transactionnel. Le deuxième article inséré, la Section 929Y, donne pouvoir à la SEC de mener une étude d'impact, après consultation publique, pour déterminer si les droits d'agir au titre du *Securities Exchange Act* devraient être étendus pour couvrir également les actes commis en dehors des États-Unis qui auraient « *a foreseeable substantial effect within the United States* ».

**14.** Si l'amendement codifie tout simplement l'ancien critère prétorien de « *conduct and effects* » au dépend du critère « transactionnel » énoncé par la Cour dans l'arrêt *Morrison*, il ne faut y voir aucun conflit de normes positives, la Cour Suprême ayant affirmé la territorialité de l'article 10b-5 en l'absence d'une mention explicite contraire dans la loi – mention désormais intégrée expressément par la volonté du Congrès. On regrette néanmoins ce retour aux critères divinatoires de l'ante-*Morrison*.

**15. *Morrison* au-delà du *Securities Exchange Act*.** L'article 10b-5 n'était pas la seule disposition législative américaine qui s'était vue attribuer abusivement une portée extraterritoriale au gré des décisions. De nombreuses entreprises non-américaines furent attirées ces dernières décennies devant les juridictions fédérales pour des liens au mieux ténus avec les États-Unis sur le fondement de lois aussi absconses que sans pertinence. Figurent en tête de liste le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO)<sup>19</sup>, une loi fédérale promulguée en 1970 pour renforcer l'arsenal législatif de lutte contre la criminalité organisée. Elle est suivie par l'*Alien Tort Statute* (ATS)<sup>20</sup>, une loi de 1789 permettant aux tribunaux américains de juger des actes de piraterie en haute mer, dont le champ fut par la suite étendu pour couvrir les violations des droits de l'homme commises à l'étranger. Malgré leur objet très précis qui se rapporte difficilement aux activités habituelles des entreprises commerciales, ces deux lois ont été régulièrement utilisées pour obliger des entreprises étrangères à se défendre à grand coût devant les tribunaux américains

17. Décision qui avait déjà été rendue en ce sens dans *Cornwell* (2010 WL 3069597 at \*1) où la cour avait jugé que l'article 10(b) est inapplicable aux transactions dans lesquelles un demandeur achète des ADR sur un marché américain.

18. H. de Vauplane et alii, *Chronique de droit financier et boursier, Banque & Droit* n° 134, novembre-décembre 2010, p. 39.

19. 18 U.S.C. § 1961-1968.

20. 28 U.S.C. § 1350.

et, en général, à capituler au terme d'une transaction pour mettre fin au litige et éviter ainsi les affres d'une *discovery* invasive et les verdicts imprévisibles de jurys incontrôlables. Pour heureux qu'il soit, l'arrêt *Morrison* n'aurait pas eu le retentissement mérité qu'il a reçu si le nouveau critère « transactionnel » qu'il édicte n'avait pas été formulé en termes suffisamment larges pour transcender le seul *Securities Exchange Act* et s'appliquer également à la loi RICO et à l'ATS. L'aperçu de la jurisprudence post-*Morrison* que nous donnons dans les lignes suivantes permet de voir l'effet qu'a pu avoir l'arrêt sur ces autres lois également.

16. Le 28 septembre 2010, dans l'arrêt *Norex Petroleum Ltd. v. Access Industries, Inc.*<sup>21</sup>, le Second Circuit rejeta une demande au titre de la loi RICO déposée par une société américaine contre le groupe pétrolier BP, sa filiale russe TNK et leurs dirigeants, accusés d'avoir conspiré pour lui confisquer son investissement dans une société pétrolière russe, Yuganef. En jugeant que la loi RICO ne comporte aucune indication lui conférant une portée extraterritoriale, la Cour donna effet – en le citant explicitement – à l'arrêt *Morrison* et à la présomption qu'il pose quant à la portée territoriale des lois à défaut d'intention différente clairement affirmée par le Congrès.

17. D'autres juridictions du fond suivirent cette heureuse jurisprudence. Ainsi, le District Court de Columbia, saisi par *British American Tobacco*, l'un des grands groupes de l'industrie du tabac condamnés pour avoir frauduleusement couvert les dangers liés au tabagisme, cita l'arrêt *Norex* en jugeant que « *there is no evidence that Congress intended to criminalize foreign racketeering activities under RICO* »<sup>22</sup>. Dès lors, aucune condamnation ne pouvait être prononcée sur le fondement de la loi RICO s'agissant d'actes commis principalement à l'étranger. Le District Court se référa fort logiquement à *Morrison* pour annuler la condamnation. Notons aussi la décision *European Community et al. v. RJR Nabisco, Inc. et al.*<sup>23</sup> du tribunal fédéral de l'Eastern District of New York qui précise que le centre d'intérêt de la loi RICO<sup>24</sup> réside dans les « entreprises » que la loi cherche à protéger, ce dont il déduit qu'aucune accusation d'« entreprise » criminelle RICO, c'est-à-dire de contrôle et d'exercice d'une activité criminelle en bande organisée, ne peut être retenue sur la base de seuls actes criminels pensés et commis à l'étranger.

18. Le 17 septembre 2010, le même Second Circuit avait rendu un autre arrêt remarqué, *Kiobel v. Royal Dutch Petro-*

*leum*<sup>25</sup>, jugeant que des demandeurs étrangers ne pouvaient intenter d'actions devant les tribunaux américains contre des sociétés commerciales pour de prétendues violations des droits de l'homme sur le fondement de l'ATS. Cet arrêt met fin à des années d'abus de l'ATS, détourné à des fins lucratives pour fonder des demandes devant les tribunaux fédéraux réclamant des centaines de millions de dollars de dommages-intérêts à l'encontre de sociétés commerciales étrangères coupables d'avoir entretenu des rapports commerciaux ou financiers avec des personnes ou des gouvernements accusés de violation de droits de l'homme : l'apartheid sud-africain, l'ancien régime irakien de Saddam Hussein ou encore, dans l'arrêt *Kiobel*, le gouvernement nigérien accusé d'opprimer les droits de l'ethnie Ogoni. En rejetant la demande ATS contre la société pétrolière Shell, la Cour d'appel nota que l'arrêt *Morrison* primait désormais les précédents comme *Vencap* qui permettaient d'asseoir la compétence des tribunaux américains sur la base de liens de rattachement ténus<sup>26</sup>.

Il semblerait toutefois qu'il ne s'agisse pas là d'une position uniforme parmi les Cours d'appel fédérales. En effet, le 3 février 2011, l'Eleventh Circuit, la Cour d'appel fédérale pour les Etats d'Alabama, Floride et Georgie, a accepté l'appel dans l'affaire *Baloco v. Drummond Company* où une demande fondée sur l'ATS avait été présentée contre une société d'énergie pour une prétendue complicité d'assassinat en Colombie. Si l'arrêt attendu venait confirmer la dissension entre les cours d'appel, il y aurait matière à se pourvoir devant la Cour Suprême, ce qui l'amènerait sans doute à se prononcer sur l'extraterritorialité de l'ATS<sup>27</sup>.

19. **Conclusion.** De nombreux tribunaux fédéraux ont suivi la jurisprudence *Morrison* et fait application de la présomption de territorialité dans des affaires dépassant le cadre du *Securities Exchange Act*<sup>28</sup>. Fondée sur la courtoisie internationale, qui impose aux tribunaux de respecter la compétence de leurs homologues étrangers lorsque la situation présente des liens prédominants avec l'étranger, l'affirmation de principe posée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Morrison* mérite d'être applaudie. L'autorité considérable de cet arrêt n'est en aucune manière remise en cause par les amendements législatifs parcellaires tentant de redonner aux lois boursières une extraterritorialité impraticable et dangereuse.

21. N° 07-4553-cv, 2010 WL 3749281 (2d Cir., 28 septembre 2010).

22. *United States of America v. Philip Morris USA, Inc., et al.*, n° 99-CV-02496 (D.C. Cir. 28 mars 2011). Les auteurs tiennent à remercier Me Jen Spaziano, du cabinet Skadden, pour leur avoir communiqué la décision.

23. N° 02-CV-5512011 WL 843957 (E.D.N.Y., 8 mars 2011). Les auteurs tiennent à remercier Me Daniel Schimmel, du cabinet Kelly Drye, pour leur avoir communiqué la décision.

24. Se référant à l'arrêt *Morrison*, le tribunal rappela que la détermination de l'extraterritorialité d'une loi fédérale exige de rechercher le centre d'intérêt (« focus ») de cette loi, celui-ci s'entendant, non pas nécessairement de l'élément matériel de l'infraction, mais des activités que la loi cherche à réguler et des personnes prenant part à ces activités, ou pouvant potentiellement y prendre part. Concernant le centre d'intérêt du *Securities Exchange Act*, voir le paragraphe 7 *supra*.

25. N° 06-4800-cv, 06-4876-cv, 2011 U.S. App. LEXIS 2200 (2d Cir., 4 février 2011).

26. *IIT v. Vencap, Ltd.*, 519 F. 2d 1001, 1017-1018 (CA2 1975).

27. Mentionnons aussi l'affaire *Sarei v. Rio Tinto*, n° 02-56256 (9<sup>e</sup> Cir, 26 oct. 2010), actuellement pendante devant la cour d'appel du Ninth Circuit concernant une action collective contre le groupe minier Rio Tinto pour sa complicité alléguée dans la répression en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Dissident de la décision de la majorité de la cour de suspendre la procédure pour permettre une médiation entre les parties, le juge Kleinfeld, se référant à l'arrêt *Morrison*, a indiqué que la demande devait être rejetée en l'absence d'indication dans l'ATS de toute portée extraterritoriale. Aucune décision au fond n'est intervenue à ce stade.

28. Parmi les nombreux arrêts fédéraux se rattachant aux principes énoncés dans *Morrison*, outre les arrêts *Alstom, Vivendi et Société Générale* déjà cités, citons les arrêts suivants : *Elliott Associates et al. v. Porsche Automobil Holding SE et al.*, 10 Civ. 0532 ; *Black Diamond Offshore, Ltd., et al. v. Porsche Automobil Holding SE et al.*, 10 Civ. 4155 ; *Cornwell v. Credit Suisse Group*, n° 08 Civ. 3758 (S.D.N.Y. 27 juillet 2010) ; *Cedeno et al. v. Intech Group, Inc. et al.*, n° 09 Civ. 9716, 2010 U.S. Dist. LEXIS 88026 (S.D.N.Y. 24 août 2010) ; *United States v. Belfast et al.*, n° 09-10461, 611 F.3d 783 ; *Lowe v. Associated Newspapers, Ltd. et al.*, n° 07-56008 et 07-56568, 611 F.3d 601 ; *Terra Sec. v. Citigroup, Inc.*, n° 09 Civ. 7058, 2010 U.S. Dist. LEXIS 84881, (S.D.N.Y. 16 août 2010) ; *Sgalarnbo v. McKenzie*, n° 09 Civ. 10087, 2010 U.S. Dist. LEXIS 79688, (S.D.N.Y. 6 août 2010).

**Crédit documentaire – Notification par la banque émettrice de la non-conformité d'un document – Absence de renvoi des documents à la banque présentatrice.**

High Court of Justice, Q.B., Commercial Court, Hamblen J., 25 septembre 2009, confirmé en appel, Court of Appeal (Civ. Div.), Arden LJ, Thomas LJ, Etherton LJ, 31 janvier 2011, Fortis Bank SA/N.V. v. Stemcor UK Ltd and Indian Overseas Bank.

1. L'intérêt du jugement et l'arrêt d'appel confirmant commentés tient, notamment, à ce que le litige soumis au Juge Hamblen portait sur la réalisation d'un crédit documentaire soumis à la version 600 des RUU, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007. Or la question litigieuse, à savoir les diligences qui s'imposent à la banque émettrice lorsqu'elle estime qu'un document n'est pas conforme, est définie dans la version 500 et dans la version 600 par des articles dont la rédaction est sensiblement différente, sans que l'on puisse dire avec certitude si la différence de rédaction marque une intention de modifier substantiellement les règles antérieures ou n'a d'autre objectif que de clarifier les formes à observer par la banque émettrice vis-à-vis du présentateur quant à la notification de l'irrégularité et de préciser le sort des documents. La complexité de l'affaire soumise au Juge Hamblen l'a conduit à se prononcer très clairement à cet égard.

2. Fortis Bank avait présenté à Indian Overseas Bank (IOB) les documents correspondant à une série de lettres de crédit (crédits documentaires) émis par cette dernière au profit d'une Société Stemcor. IOB notifia à Fortis, pour chacun des crédits, le rejet de la présentation en raison de l'irrégularité de certains documents. Fortis réagit immédiatement en pressant IOB de ne pas renvoyer les documents mais de les accepter et de payer. Après différents échanges évoquant, notamment, des démarches auprès du donneur d'ordre en vue d'obtenir qu'il consente au règlement malgré l'irrégularité, Fortis notifia à IOB que les documents rejetés ne lui ayant pas été renvoyés, elle était fondée à considérer la remise comme régulière, en application de l'article 16(f) des RUU 600.

3. C'est sur cet article 16(f) que porte le jugement commenté. IOB a soutenu qu'à la différence de l'article 14(e) des RUU 500, le texte nouveau ne prive pas l'émetteur d'un crédit documentaire du droit de faire valoir la non-conformité d'une remise et de refuser le paiement s'il ne renvoie pas les documents au présentateur. Elle s'est prévalu, en outre, des demandes répétées de Fortis tendant à ce qu'IOB ne renvoie pas les documents. La Cour a rejeté ces deux moyens.

On notera que la non-conformité d'un au moins des documents n'était plus contestable dans la procédure ayant conduit au jugement commenté. Elle avait été reconnue définitivement dans un jugement antérieur de la même juridiction.

4. L'article 16(f) des RUU 600. Après l'indication au b) que la banque émettrice décidant que la présentation n'est pas conforme peut approcher le donneur d'ordre afin d'obtenir de lui la levée des irrégularités, l'article 16 énonce au c) que lorsqu'une banque désignée, une banque confirmante ou la banque émettrice décide de refuser l'honorer ou de négocier, elle doit faire part de son refus par un seul et unique avis au présentateur. L'avis doit indiquer que la banque refuse d'honorer ou de négocier, et préciser chaque irrégularité motivant son refus.

Il doit, en outre, indiquer : « a) que la banque tient les documents à disposition dans l'attente d'autres instructions du présentateur ; ou b) que la banque émettrice tient les documents à disposition jusqu'à la réception d'une levée d'irrégularités du donneur d'ordre qu'elle consent à accepter, ou bien jusqu'à réception d'autres instructions du présentateur avant de consentir à accepter une levée d'irrégularités ; ou c) que la banque renvoie les documents ; ou d) que la banque agit selon les instructions préalablement reçues du présentateur »

Cet avis doit être envoyé au plus tard à la fin du cinquième jour ouvré suivant le jour de la présentation (art. 16 d). Après l'envoi de l'avis, la banque peut renvoyer les documents à tout moment au présentateur si la banque a choisi de conserver ces documents en l'attente d'instructions (art. 16 e). La disposition n'est pas applicable lorsque la banque a déclaré dans l'avis renvoyer les documents qu'elle estime non conformes.

5. Le f) de l'article 16 qui était au cœur du litige soumis au Juge Hamblen est ainsi libellé : « Si une banque émettrice ou une banque confirmante n'agit pas conformément aux dispositions du présent article, elle ne pourra pas faire valoir que les documents ne constituent pas une présentation conforme ».

Ce texte est à rapprocher de l'article 14 e) des RUU 500 qui, traitant du non respect par une banque émettrice ou confirmante de ses obligations en cas de rejet des documents, énonce « Si la banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, n'agit pas conformément aux dispositions du présent article et/ou ne tient pas les documents à la disposition de celui qui les lui a présentés ou ne les lui réexpédie pas, la Banque émettrice et/ou la Banque confirmante, le cas échéant, ne pourra pas faire valoir que les documents ne sont pas en conformité avec les termes et conditions du crédit ».

6. Il n'est guère douteux que si le crédit litigieux avait été soumis à la version 500 des RUU la thèse de Fortis selon laquelle IOB avait perdu son droit à remboursement pour n'avoir pas renvoyé les documents dans le délai raisonnable ne dépassant pas sept jours (délai fixé dans les RUU 500) aurait été jugé convaincant. Mais qu'en est-il au regard de l'article 16 f) des RUU 600 qui, à la différence de l'article 14 e), des RUU 500 ne mentionne pas le non renvoi des documents, mais vise, en une formule générale, le cas où une banque émettrice « n'agit pas conformément aux dispositions du présent article » ? Cette formule couvre sans doute le non-envoi des documents, mais une difficulté surgit tenant au fait que le texte ne fixe pas de délai pour le renvoi des documents. Il ouvre seulement à la banque émettrice ou confirmatrice plusieurs possibilités et, notamment, tenir les documents à la disposition du remettant jusqu'à réception d'instructions ou les

renvoyer au remettant. Le choix de la banque émettrice ou confirmatrice doit figurer dans l'avis.

7. Dans le cas examiné, les avis de non-conformité envoyés par IOB portaient la mention « Return » que le Juge interprète logiquement comme une option pour le renvoi des documents, ce que confirme d'ailleurs la réponse de Fortis invitant IOB à ne pas retourner les documents et à payer. En fait, les documents ne furent renvoyés que plusieurs semaines après l'envoi de l'avis. Fortis soutenait que ce délai était excessif et qu'en conséquence IOB encourait la déchéance prévue à l'article 16 f). Le Juge l'admet en se fondant sur l'argument des demandeurs que le renvoi des documents doit être fait « *with reasonable promptness* ».

La justification par le juge de cette obligation qui, il faut le redire, n'est pas explicite dans le texte de l'article 16 f), est que l'exigence d'une notification au présentateur d'un rejet de la remise n'aurait pas de sens si un renvoi rapide des documents n'était pas imposé.

8. Le sens de l'article 16 f) tel que l'entend le Juge Hamblen est clairement exprimé au § 75 du jugement : « *If this case had concerned UCP 500 I have little doubt that, in line with the ICC DOCDEX case, a Court would conclude that the obligation to return the documents in accordance with a return notice which it has given has to be performed timeously. I also accept that given that it is established banking practice to act promptly in such circumstances, and given the obvious importance of priority processing of documents following a return notice or instruction, a reasonable time in this context means with reasonable promptness. If so, then the same analysis must apply to the like obligation which I have held to exist in UCP 600. I am therefore satisfied that the obligation to act in accordance with the disposal statement made involve, in relation to a statement that documents are being returned or held pending or in accordance with instructions, the obligation to return the documents and comply with instructions to return them with reasonable promptness.* »

9. **Absence d'incidence de l'invitation de Fortis à ne pas retourner les documents.** Il a été mentionné ci-dessus que Fortis, dès réception des avis de rejet des remises, a demandé avec insistance à IOB de ne pas renvoyer les documents. IOB n'a pas manqué de faire valoir que même si, comme l'estime la Cour, une banque émettrice ou confirmatrice d'un crédit documentaire est tenue, en principe, de retourner à bref délai au remettant des documents qu'elle refuse d'honorer, elle en était dispensée par des instructions que lui avait adressées Fortis. Le Juge n'a pas retenu cet argument. Il a considéré que les demandes de Fortis n'avaient pas pour objet le renvoi ou le non-renvoi des documents, mais l'exécution des crédits documentaires litigieux. En invitant IOB à conserver les documents et à honorer le crédit, Fortis contestait seulement le bien fondé du rejet des documents.

## BELGIQUE

### Crédit documentaire à paiement différé – Paiement anticipé – Découverte d'une fraude.

Cour d'appel d'Anvers (8e ch.) 21 avril 2010, Adriaensen et autres c. Bogaert et autres, Financieel Forum/Bank- en Financieel Recht 2010/IV p. 256, obs. Martine Delierneux.

1. Dans cette affaire, la fraude n'était pas contestable. Elle avait été constatée par un juge dans une procédure de référé qui avait conduit à une décision de blocage du crédit documentaire. La difficulté tenait au fait que la fraude n'avait été découverte qu'après le paiement du montant du crédit par une banque autre que la banque émettrice qui était autorisée à faire ce règlement puisque le crédit était stipulé réalisable par « toute banque ». Elle demandait à la banque émettrice de la rembourser. Mais le crédit litigieux était un crédit différé et le règlement effectué était anticipé.

2. Il n'est pas contestable qu'une banque chargée du règlement au bénéficiaire d'un crédit documentaire ou autorisée à effectuer ce règlement, peut consentir à mettre le montant du crédit à la disposition du bénéficiaire dès la remise des documents même si un délai a été fixé dans la lettre de crédit, ce qui est le cas dans un crédit documentaire à paiement différé. Toutefois, l'analyse de ce paiement anticipé fait difficulté. S'agit-il d'une sorte de convention d'escompte conclue entre le bénéficiaire et la banque chargée de recevoir les documents et de régler le crédit ou habilitée à le faire, convention à laquelle l'émetteur du crédit et le donneur d'ordre demeurent étrangers ? Où s'agit-il de l'exécution anticipée du crédit qui serait considérée comme légitime et qui serait opposable à l'émetteur et au donneur d'ordre ? Selon l'analyse retenue, la fraude du bénéficiaire découverte après que le crédit a été honoré peut ou non être opposée à la banque réalisatrice du crédit demandant à l'émetteur le remboursement de ses débours.

3. La Cour de cassation française s'est nettement prononcée en faveur de la qualification d'escompte du paiement anticipé d'un crédit documentaire par la banque réalisatrice et elle en a déduit que le recours de ce réalisatrice contre l'émetteur peut être rejeté si la preuve est faite qu'une fraude a été commise par le bénéficiaire, à la seule condition que la fraude ait été découverte avant l'échéance du crédit documentaire. Peu importe que la fraude n'ait pas pu être décelée par le banquier réalisatrice au moment où il a reçu les documents et versé les fonds au bénéficiaire (Cass. com. 7 avril 1987, JCP 1987.II.20829, note J. Stoufflet, D. 1987 jur. 399, note M. Vasseur, *Rev. Banque* 1987, p. 625, obs. J-L Rives-Lange). La plupart des hautes juridictions étrangères ont adopté la même solution (Tribunal Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> Cour civile, 1<sup>er</sup> juin 2004, *Emirates Bank International c. Crédit Lyonnais, Banque & Droit*, n° 99, janv.-fév. 2005, p. 80, obs. G. Affaki et J. Stoufflet ; High Court of Justice de Londres, Queen's Bench Div. Comm. Court, 9 juin 1999, *Banco Santander*

c. Paribas : RD bancaire et financier 2000, p. 22 et sur appel, Court of Appeal, 25 février 2000, RD bancaire et financier, 25 février 2000, p. 84 obs. Legeais et Mattout). Il eût été évidemment possible d'insérer dans la lettre de crédit une clause autorisant le règlement anticipé d'un crédit documentaire à paiement différé. La pratique ne l'a pas fait, semble-t-il, et cette abstention est rationnelle. Elle eût été contraire à la logique d'un crédit documentaire à paiement différé.

4. Cependant, à la différence de la version 500 qui ne traitait pas de la question, la version 600 des Règles et Usances de la CCI, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007, et applicable dans le cas soumis à la Cour d'Anvers, autorise le paiement anticipé d'un crédit documentaire, même si ce crédit est stipulé à paiement différé (G. Affaki, « C'est en ce sens que la Cour d'Anvers interprète l'article 12 des RUU 600 dans l'arrêt commenté et l'on ne peut qu'approuver son interprétation, même si l'on a quelques réserves à formuler sur la solution adoptée par la CCI. L'article 12 b) des RUU 600 est ainsi libellé : "En désignant une banque pour accepter une traite ou contracter un engagement de paiement différé, une banque émettrice autorise cette banque désignée à payer d'avance ou à acheter une traite acceptée ou un engagement ou un engagement de paiement différé contracté par cette banque désignée". »

5. Dans l'affaire soumise à la Cour d'Anvers, la banque ayant effectué le paiement anticipé n'était pas, au sens strict du terme, une « banque désignée ». Mais le crédit était stipulé réalisable par « toute banque ». Donc, n'importe quelle banque sollicitée par le bénéficiaire et disposée à recevoir les documents était considérée » comme une banque désignée et bénéficiait de l'engagement remboursement contracté par l'émetteur. Elle pouvait se prévaloir de l'article 12 b).

6. Fera-t-on valoir que cet article ne règle pas la question de l'opposabilité de la fraude ? Il est vrai qu'il n'en est question ni dans cet article, ni, d'ailleurs, dans un autre texte des RUU. Toutefois, il est hors de doute que l'article 12 b) contredit la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la version 500 des RUU dès lors qu'il autorise la banque désignée ou, comme dans le cas examiné, toute banque, à payer par anticipation. Un paiement anticipé s'analyse donc en une exécution du crédit. Ce paiement, comme celui qui serait effectué à l'échéance convenue donne naissance à un recours du payeur à la seule condition que les documents soient, en apparence, conformes (RUU 600, art.13). La révélation ultérieure d'une fraude est sans incidence sur ce recours, même si la fraude est indiscutable comme c'était le cas dans l'affaire jugée par la Cour d'Anvers. Bien entendu, cette solution est inapplicable lorsqu'une banque ne pouvant se prévaloir, ni d'une désignation, ni d'une clause « toute banque » insérée dans la lettre de crédit, a escompté un crédit documentaire.

7. L'article 12 b) serait également inapplicable malgré la désignation d'une banque ou l'insertion dans la lettre de crédit d'une clause « toute banque » si la preuve était faite que le banquier payeur a eu connaissance de la fraude

au moment où il a payé ou encore, si le donneur d'ordre avait obtenu que figure dans la lettre de crédit une stipulation prohibant un paiement anticipé.

## ■ CANADA

### Crédit documentaire – Principe d'autonomie.

Ontario Court of Appeal 4 novembre 2009, *Nareerux Import Co v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2009] O.J. No 4553 ; 2009 ON. C. LEXIS 4254 ; 2009 ONCA 764.

1. Ce jugement de la Cour d'appel de Toronto marque les limites du principe d'autonomie du crédit documentaire dans une affaire où le paiement du montant d'un crédit au bénéficiaire était subordonné à une condition qui témoignait d'une certaine confusion entre le crédit documentaire et le contrat de base.

2. Il s'agissait d'une vente de crevettes par une société Thai Fisheries Co à une société américaine Douglas R. Robertson International. Les crevettes étaient destinées à une société canadienne, Sam's Club. Pour le règlement, des crédits documentaires avaient été émis par Imperial Bank of Commerce. Initialement, ces crédits documentaires étaient réalisables seulement après réception par la banque émettrice d'un document garantissant que les crevettes avaient reçu une appréciation favorable de l'United States Food and Drug Administration Inspection. La banque émettrice avait été autorisée à se dessaisir provisoirement des documents présentés par l'exportateur pour permettre le contrôle administratif de qualité du produit.

3. Les premiers crédits documentaires furent réalisés sans difficulté, conformément au dispositif convenu. Puis la banque émettrice, estimant son risque insuffisamment couvert, apporta une modification aux conditions de réalisation des nouveaux crédits émis. Indépendamment des exigences documentaires antérieures, il fut précisé que le crédit ne serait payable qu'après la production d'un « purchase order » émis par Sam's Club désignant le n° des containers, le nombre de cartons et établissant que la marchandise a bien été reçue par Sam's Club Distribution Center. Le juge d'appel fait sienne l'observation du premier juge qui avait observé dans sa décision que cette condition « was not typical because the seller no longer control the satisfaction of conditions necessary for payment. This differed of the standard letter of credit requirements that call for payments to be made upon delivery of the title documents to the Bank. While the new arrangements provided added protection for CIBC, they created a potential difficulty for Thai Fisheries [...]. The difficulty that this a presented for Thai Fisheries was that, by entering into this arrangements, it ceded control over when it would receive payment to a third party – Sam's Club. If Sam's Club did not require the shrimps, it would not issue the purchase orders that were a prerequisite for payment. Moreover, by delaying the delivery of the receipts, Robertson and the CIBC could con-

trol the flow of money to Thai Fisheries ». On ne saurait mieux exprimer que cette combinaison est contraire aux principes du crédit documentaire tels qu'ils ont été modelés par une longue pratique et formulés dans les RUU. En fait, cet arrangement méconnaît la distinction entre un crédit documentaire et le contrat commercial sous-jacent. Toutefois sa validité n'en est pas moins certaine dès lors qu'il a été accepté par les parties... à moins qu'il en ait été fait un usage abusif. Tel a été le cas selon l'appréciation des juges canadiens.

4. En fait Thai Fisheries exécuta régulièrement ses livraisons mais n'obtint que de manière très partielle ou pas du tout le paiement des crédits documentaires du fait qu'elle ne parvenait pas à obtenir de Sam's Club le « receipt » requis. Il fut démontré au cours de la procédure que les marchandises livrées avaient été vendues par Robertson et que le produit des ventes réalisées avait été utilisé, non pas pour honorer les crédits documentaires émis au profit de Thai Fisheries, mais pour couvrir un prêt consenti par la banque à Robertson.

5. Pour résister à la demande de réalisation des crédits documentaires en instance portée devant le juge par Thai Fisheries, la banque émettrice de ces crédits fit valoir que cette société ne s'était pas conformée à l'obligation définie dans la formule modifiée de lettre de crédit, à savoir la production d'un Receipt délivré par Sam's Club. Elle plaida que la présentation de ce document « is consistent with the principle that letters of credit must be strictly construed ». Le premier juge a répondu à cet argument dans les termes suivants « In my view, CIBC is disentitled upon the defence of non-compliance because, on the trial judge's findings, it knowingly contributed to, or acquiesced in, the circumstances that undermined the prospect of strict compliance, then used that non-compliance to justify the refusal of payment ». Ayant ainsi imputé à la banque, considérée à tout le moins comme complice, la défaillance reprochée à la société bénéficiaire des crédits documentaires litigieux, le premier juge a fait droit à la demande de paiement de celle-ci.

6. La Cour d'appel confirme cette condamnation. La motivation du jugement d'appel est intéressante en ce sens qu'elle reprend l'argumentation du premier juge pour justifier dans les circonstances de l'espèce la mise à l'écart du principe de strict compliance, mais, de surcroît, elle démontre que cette position est conforme aux précédents. Les § 58 et 59 du jugement d'appel détaillent ces précédents :

« [58] Thus, the issuer of a letter of credit may be precluded from relying on the doctrine of strict compliance in certain situations. Examples of circumstances in which an issuer of a letter of credit has disentitled to do so include those in which the issuer (i) has waived strict compliance, either expressly or by its conduct; (ii) has delegated its duty to evaluate a beneficiary's documentary presentation independently; (iii) has been unjustly enriched by the credit transaction; (iv) has engaged an improper consultations with the customer concerning whether to accept or refuse the documents tendered: (v) has induced the beneficiary to believe the credit will be honoured until after its expiry date, when it was to late

for the beneficiary to correct the situation; and (vi) has failed to provide prompt notice of dishonour to the beneficiary? »

[59] Setting aside the straight waiver situations and those involving untimely notice of dishonour for the moment, these authorities – albeit primarily American in origin – are instructive. Their common rationale is that the conduct of the issuing bank has put it in a position where its obligation under the letter of credit to act independently of the underlying relationships between it and its customer, or between its customer and the beneficiary, has been compromised [...] Here the trial judge found that CIBC permitted its conflicting concern respecting its financial over-exposure in the creditor/debtor relationship with Robertson, to interfere with its payment obligation to Thai Fisheries under the Letters of Credit. In these circumstances, the issuing Bank was not entitled to permit those conflicting interest to prevail. »

7. L'intérêt majeur de la décision commentée est de montrer que si les normes qui sont propres au crédit documentaire et qu'énoncent très utilement les RUU, apportent le plus souvent une réponse satisfaisante aux difficultés que suscitent les relations entre les parties qui y sont engagées, le crédit documentaire n'échappe pas aux principes du droit commun. La même observation pourrait être faite à propos d'autres opérations financières de haute technicité. Elle vaut tout spécialement lorsque, comme dans le cas soumis aux juges de Toronto, les parties s'écartent du modèle de base de l'opération effectuée.

## ■ ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Adoption du Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. L'adoption fin 2007 par la CNUDCI d'un guide législatif sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières<sup>29</sup> a constitué une avancée considérable dans la codification internationale du droit<sup>30</sup>. Pour la première fois voyait-on une harmonisation internationale du droit des opérations garanties embrassant toutes sûretés mobilières et instruments fonctionnellement assimilés (tels

29. La CNUDCI a examiné et approuvé en principe le contenu des recommandations du Guide sur les opérations garanties en 2006. Le projet de guide législatif sur les opérations garanties a quant à lui fait l'objet de négociations finales en juin-juillet 2007 pour la 1<sup>re</sup> partie et en décembre 2007 pour la 2<sup>e</sup> partie et le texte a ensuite été adopté par consensus le 14 décembre 2007. L'Assemblée générale des Nations Unies a par la suite adopté, le 11 décembre 2008, la résolution 63/21 dans laquelle elle remercie la CNUDCI d'avoir finalisé et adopté le Guide, prié le Secrétaire général d'en diffuser largement le texte et recommandé celui-ci aux États membres. Le Guide est disponible sur le site de la CNUDCI - [www.cnumci.org](http://www.cnumci.org).

30. G. Affaki, « Des aspects bancaires dans le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties », in *Réforme des sûretés mobilières*, B. Foex et al. Ed., Schulthess, 2006.

la réserve de propriété ou le crédit-bail) sur tous types de biens, en garantie de tout type d'opérations civiles ou commerciales sans distinction. Combinant approche doctrinale – en expliquant sous forme de traité pédagogique les principaux aspects du droit des sûretés mobilières – et approche législative – en proposant des dispositions-type à l'usage des législateurs désireux de se doter d'une loi sur les sûretés ou de moderniser leurs lois existantes, le Guide est aujourd'hui largement utilisé par les enseignants universitaires, les législateurs nationaux ainsi que les institutions financières multilatérales dans leurs projets d'aide au développement comprenant un plan de modernisation des systèmes juridiques des pays concernés. Le Guide a d'ailleurs particulièrement inspiré les rédacteurs du nouvel acte uniforme sur les sûretés de l'OHADA adopté le 15 décembre 2010 à Lomé<sup>31</sup>.

2. Cependant, il fut alors considéré que l'usage de certains biens à titre de sûreté soulevait des problématiques particulières et qu'ils méritaient à ce titre de faire l'objet d'un développement spécifique qui compléterait le Guide ultérieurement. Deux types de biens furent identifiés à cet égard : la propriété intellectuelle et les titres non intermédiaires. La première fut jugée prioritaire, notamment pour laisser à Unidroit le temps nécessaire de compléter ses travaux en matière de titres. Aussi, et en collaboration avec les organisations internationales actives dans ce domaine, dont l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), la CNUDCI entreprit d'établir un supplément au Guide spécialement consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle. Ce supplément vient d'être finalisé et est disponible sur le site de la CNUDCI. Il suit la nomenclature du Guide en examinant dans des chapitres séparés les principales étapes de la prise et de la réalisation de la sûreté : création de la sûreté (dont des développements importants sur le concept de sûreté), droits et obligations des parties, opposabilité aux tiers, création du registre pour publier la sûreté, conflits de priorité entre le créancier garanti et des créanciers concurrents, réalisation de la sûreté, droit applicable et impact de la faillite du constituant sur les droits du créancier garanti.

3. Comme pour le Guide, le supplément vise à encourager l'accès au crédit à des taux compétitifs, en élargissant d'une part le champ des biens de l'emprunteur susceptibles d'être affectés en sûreté au remboursement d'un crédit, et en permettant d'autre part un règlement prévisible et certain des conflits de priorité entre créanciers concurrents. La propriété intellectuelle dans ses multiples formes (droits d'auteur, licences, marques, brevets, dessins et modèles, etc.) mais aussi ses fruits (les revenus qu'assurent ces droits à leur titulaire) font naturellement partie de ces biens. Un crédit peut être garanti par un ensemble de biens meubles comprenant notamment des droits de propriété intellectuelle, par exemple lorsqu'une entreprise consent, en tant qu'emprunteur

ou que garant, une sûreté sur l'ensemble des éléments constituant son fonds de commerce et que ce dernier inclut, outre la marchandise et les équipements, les droits de propriété intellectuelle tels que les marques, brevets et logiciels appartenant à l'entreprise.

4. Tout comme les lignes de crédit garanties par des stocks ou des créances, les lignes garanties par des droits de propriété intellectuelle peuvent être gérées de manière dynamique. L'emprunteur peut ainsi donner en sûreté à la banque dont il sollicite le crédit un portefeuille de brevets et de demandes de brevets futurs. La banque déterminera en fonction de ses critères d'octroi de crédits les brevets qui entreront dans le portefeuille éligible (*borrowing base*), fera estimer leur valeur par un expert, et fixera le ratio collatéral/crédit applicable. De nouveaux brevets pourront venir s'ajouter au portefeuille ou des anciens brevets en sortir (en cas de caducité par exemple), entraînant le réajustement du montant de la ligne de crédit correspondante. Les brevets éligibles seront grevés d'une sûreté réelle qui, si les recommandations du Guide sont suivies par le législateur national, sera constituée sans formalisme et rendue opposable par une simple inscription sur le registre national unique dont dépend le constituant en fonction du lieu de son domicile ou de son siège. Les fruits des droits de propriété intellectuelle peuvent d'ailleurs être affectés à l'amortissement du crédit. C'est le cas des licences données en sûreté lorsque le paiement des redevances dues au constituant par les utilisateurs (par exemple d'une marque ou d'un logiciel) ou les exploitants (par exemple d'un film) est domicilié auprès de la banque afin qu'elle les impute au remboursement du crédit au fur et à mesure des encaissements. À noter toutefois que si ces fruits sont eux-mêmes grevés d'une sûreté, la banque ne pourra pas les affecter au remboursement du crédit tant que ce dernier n'est pas exigible. Une fiducie pourrait alors être mise en place pour permettre à la banque d'encaisser ces fruits pour le compte du constituant afin de les utiliser au remboursement du crédit.

Le Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés sur la propriété intellectuelle est une réalisation remarquable qui mérite l'attention des législateurs nationaux de tous pays et systèmes juridiques. Car en assurant l'efficacité des sûretés, on accroît le potentiel de crédit et on favorise ainsi la croissance du pays<sup>32</sup>.

31. J.O. Ohada, 15 février 2011, n° 22.

32. G. Affaki, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », Banque & Droit n° 97, septembre-octobre 2004, p. 26.

## Chambre de commerce internationale (CCI)

### Lancement du projet de rédaction de règles uniformes pour le *forfaiting*

1. Forte de ses 500 membres représentant le secteur bancaire de 85 pays et du succès de ses règles uniformes en matière de crédits documentaires, de garanties indépendantes et d'encaissements appliqués mondialement, la Commission bancaire de la CCI a lancé en collaboration avec l'International Forfaiting Association (IFA) un projet conjoint de rédaction de règles uniformes relatives aux opérations de *forfaiting*. Le groupe de travail a déjà rendu un premier projet partiel. Il est disponible auprès des comités nationaux de la CCI et ouvert aux commentaires des différents secteurs concernés. Une première discussion est prévue le 23 mars 2011 lors de la réunion de la Commission bancaire à Zurich.

2. Le *forfaiting*, ou achat de créances sans recours sur le cédant, est une technique de mobilisation de créances (*forfaiting* primaire) et de refinancement (*forfaiting* secondaire) bien connue et très usitée dans le commerce interne et international<sup>33</sup>. Il séduit particulièrement les vendeurs par son caractère sans recours qui les libère des risques tant de solvabilité que politique, et notamment leurs trésoriers en permettant de mobiliser les créances à terme. De nombreuses banques ont des filiales spécialisées en *forfaiting*<sup>34</sup>. Celles-ci coexistent avec de multiples forfaitiers non affiliés à un établissement bancaire. Le marché, liquide, constitue un maillon essentiel du financement du commerce international, que le *forfaiting* soit utilisé en complément d'instruments de paiement plus traditionnels comme le crédit documentaire (que le bénéficiaire peut escompter auprès d'un forfaitier), ou en remplacement de tels instruments. Dans le marché secondaire où les créances escomptées sont négociées activement, les forfaitiers considèrent les créances essentiellement comme des opérations documentaires déconnectées du sous-jacent. D'où l'importance de règles de fonctionnement transparentes, et surtout d'un degré poussé de standardisation de la documentation.

3. Le nouveau projet de règles de *forfaiting* tire son origine du succès mitigé des *Guidelines* rédigés par l'IFA en 2004, en partie causé par le choix alors fait de restreindre leur champ d'application au seul marché secondaire. Était ainsi exclue l'opération principale d'escompte de la créance commerciale entre le forfaitier et le créancier cédant. On peut toutefois comprendre le souci des rédacteurs de s'attacher en premier lieu à uniformiser les règles propres aux escomptes effectués sur le marché secondaire qui, par nature, se doit d'être liquide, simple, et porter sur des opérations standardisées. D'ailleurs, les

réescomptes successifs opérés sur le marché secondaire du *forfaiting* prennent la forme d'une fiche (la confirmation) dont la simplicité contraste avec la complexité de l'accord d'escompte primaire conclu avec le cédant initial. On pouvait également penser que la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international de 2001<sup>35</sup> allait pouvoir régir également les opérations de *forfaiting*, s'agissant de transmissions de créance par voie d'escompte sans recours ou à recours limité. Or, fort est de constater qu'un texte législatif tel que la Convention CNUDCI ne peut offrir le degré de détails pratiques que les entreprises et les banques sont en droit d'attendre. Des corps de règles de nature contractuelle, des contrats-type, se révèlent en pratique bien plus adaptés comme le montre l'expérience heureuse de la codification par la CCI de règles et pratiques en matière de crédits documentaires, garanties indépendantes et encaissements. D'où l'idée de lancer un nouveau projet de codification de règles pour le *forfaiting* qui, contrairement aux *Guidelines* de l'IFA, couvriraient à la fois marché primaire et marché secondaire.

4. Dans sa forme, le projet des règles uniformes relatives au *forfaiting* s'inscrit dans la tradition désormais bien ancrée des règles de la CCI consistant à regrouper les définitions dans un article séparé. Lancée avec succès par les Règles et Usances relatives aux Crédits Documentaires n° 600, cette pratique fut reprise dans les Règles Uniformes relatives aux Garanties sur Demande n° 758. Sur le fond, on est tout de suite frappé par l'aspect très juridique des nouvelles règles : les exigences que la documentation soit « *legal, valid, binding and enforceable* » foisonnent au gré des articles successifs, sans pour autant que ces termes polymorphes soient définis à aucun moment. Les références à l'« *execution* » des contrats ou au « *legal and beneficial owner* » révèlent tout de suite la forte influence de la *common law* sur ce texte. Par ailleurs, les règles afférentes au marché primaire sont séparées de celles relatives au marché secondaire. Notamment, le contenu de la documentation recommandé pour le *forfaiting* primaire est différent de celui pour le *forfaiting* secondaire, le premier requérant de fournir plus de détails sur l'opération sous-jacente. Le choix est judicieux car les acheteurs successifs agissant sur le marché secondaire ne sont pas appelés à effectuer les mêmes vérifications approfondies sur l'opération sous-jacente ou le cédant initial que le forfaitier primaire. Enfin, l'article 12 fixe la limite du sans-recours en privant la disposition y relative d'efficacité lorsque le cédant n'a pas accompli les diligences qui sont mentionnées à cet article. Celles-ci vont de l'obligation de s'assurer de la validité juridique de la documentation et des pouvoirs des signataires à l'accomplissement des vérifications anti-blanchiment. Une disposition qui soulèvera sans doute un grand débat si elle vient à être adoptée au terme de la codification ! ■

33. G. Affaki, « Financement et garanties dans le commerce international », Ed. CCI (Genève), 2002, n° 121.

34. Sur l'utilité d'avoir recours en matière d'escompte de crédit documentaire à une personne qui offre l'escompte qui soit différente de la banque émettrice ou désignée, voir G. Affaki et J. Stoufflet, Com. 11 octobre 2005, *Chronique de droit bancaire international*, Banque & Droit n° 105, p. 71.

35. G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque & Droit* n° 90, juillet-août 2003, p. 3.