

# Chronique de *Droit Bancaire Internationale*



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



**JEAN STOFFLET**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur émérite

## Jurisprudence française

*Cass. com. 6 mars 2007, n° 05-19.776 F-D, Vignand c. Intercity Bank PLC : Juris-Data n° 037869*

### Compte – Ouverture – Contrôles à effectuer – Conditions de restitution des fonds reçus – Loi applicable

1. L'opération à l'occasion de laquelle est intervenu l'arrêt commenté de la Cour de cassation est un transfert international de fonds effectué dans des conditions assez complexes qui se sont révélées être constitutives d'une escroquerie au préjudice d'un conseil financier français. Celui-ci avait accepté de gérer une somme de montant élevé pour le compte d'une personne s'étant présentée sous le nom d'une personnalité politique angolaise. A l'occasion de cette mission le conseiller financier avait avancé à son client des fonds et, selon les instructions reçues, les avait transférés à un compte ouvert dans les livres d'une agence nigériane de la société Intercity Bank au nom d'une société Tilas. La société les utilisa le jour même, ce qui ne laissait au conseiller financier prêteur aucune chance de recouvrer sa créance. C'est dans ces conditions qu'il engagea une action en responsabilité contre Intercity Bank, lui reprochant, notamment, d'avoir ouvert un compte sous une dénomination de fantaisie à un client qu'elle ne connaissait pas et d'avoir restitué les fonds à une entité inexistante. La cour de Versailles rejeta l'action. Elle a reconnu que le dommage invoqué par le conseiller financier résultait bien des agissements délictueux de ses clients, mais il en était exclusivement responsable du fait de la grande imprudence avec laquelle il avait agi. L'arrêt est cassé pour deux motifs : i) la cour d'appel n'a pas recherché, comme cela lui avait demandé, si Intercity Bank justifiait avoir respecté les obligations imposées par sa loi nationale pour l'ouverture du compte "Tilas" et ii) la cour d'appel aurait dû se prononcer

sur un manquement éventuel de la banque aux règles générales de prudence et de diligence s'imposant au déposant lors de la restitution des fonds.

2. Le premier motif de cassation implique que c'est la loi de la banque, c'est-à-dire la loi du lieu où est établi le guichet de banque tenant le compte, qui règle les conditions d'ouverture du compte. Cette loi est applicable même si le guichet est une simple succursale de banque étrangère. La compétence de la loi de la banque est celle que préconise la doctrine (J-cl. Banque Crédit Bourse, Fasc.120 par J. Stofflet, n°75 et s.; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 92 et s.; J-P. Mattout, *Droit bancaire internationale*, 3<sup>e</sup> éd., n° 8). C'est, toutefois, la première fois que la Cour de cassation a l'occasion de la reconnaître et d'en faire application pour la détermination de l'étendue des vérifications à opérer lors de l'ouverture d'un compte. Les succursales françaises de banques étrangères sont donc tenues de se conformer aux exigences de la loi et de la jurisprudence françaises lorsqu'elles ouvrent un compte et il s'agit là d'une norme de droit professionnel d'intérêt général dont l'application ne saurait être écartée par la convention de compte.

3. Le second motif de cassation n'est pas moins intéressant. Il est reproché à la cour d'appel de ne pas s'être assurée que la banque avait respecté les règles générales de prudence et de diligence lors de la restitution des fonds déposés. Un manquement de sa part à ces règles eût constitué une faute délictuelle précise la Cour de cassation dans son arrêt. On se trouve dans la situation classique où le manquement à une obligation contractuelle est source d'une responsabilité délictuelle envers un tiers (Ph. Brun, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Litec, n° 373). La responsabilité est délictuelle mais la faute consiste dans l'inexécution d'une obligation contractuelle. En droit international privé, cette obligation est soumise à la loi d'autonomie. La loi de la banque n'est applicable qu'à défaut de désignation par les parties d'une autre loi.

## Cession de créance à un établissement de crédit – Clause d’incessibilité. Opposabilité à un sous-traitant – Contrat de sous-traitance soumis à une loi étrangère.

Cass.com. 19 décembre 2006, n° 04-18.888 FS-P+B, *Crédit Lyonnais et autres c. Sté Urmet et autres*: *Juris-Data* n° 036662, *JCP.2007.IV.1228*

4. Les financements commerciaux internationaux comme les financements internes sont souvent garantis par des cessions de créances. Le bordereau Dailly en est le plus souvent l’instrument, le seul d’ailleurs qui permette, en l’état actuel du droit français, le transfert en garantie de la propriété d’une créance (Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-16.395 F-P+B+R+I, *Sté Diva c. Crédit Mutuel du Nord de la France*, *Juris-Data* n° 036663, RD bancaire et financier, janv.-fév.2007, p. 20, obs. D. Legeais). Il résulte de l’article L. 313-27 du Code monétaire et financier dans la rédaction issue de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 que la technique du bordereau est utilisable quelle que soit la loi applicable à la créance cédée et la loi du pays de résidence du débiteur.

5. Il arrive qu’une cession par bordereau, comme tout autre mode de transmission des créances, et les crédits qui y sont associés entrent en conflit avec des stipulations ou dispositions légales qui interdisent ou soumettent à des conditions restrictives la cession de la créance cédée. C’est une difficulté à laquelle le législateur a, dans quelque cas, tenté de remédier afin de faciliter le crédit. L’article L.442- II (c) du Code de commerce frappe de nullité dans certains cas les clauses d’interdiction de cession des créances. Les rédacteurs de la Convention des Nations unies de 2001 sur la cession de créances dans le commerce international comporte également une disposition tendant à régler cette difficulté. L’article 9 de la Convention déclare, en principe, inopposables aux tiers, les causes restreignant la cessibilité d’une créance<sup>1</sup>. Ce texte mérite d’être cité, bien que la France n’ait pas signé la convention car elle montre l’importance du problème.

6. Dans un cas le législateur français est intervenu, non pas comme dans les cas précédents pour faire prévaloir les intérêts du cessionnaire de la créance, mais pour protéger le droit d’un créancier du cédant. Tel est l’objet de l’article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance. Il ne permet à l’entrepreneur principal de céder ou de nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l’ouvrage qu’à concurrence de sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu’il effectue personnellement. Les sous-traitants sont donc légalement préférés.

7. L’intérêt de l’arrêt commenté est qu’il définit le critère d’application de l’article 13-1 précité à une sous-traitance internationale. Par contrat signé à Rome, la société de droit italien Telecom Italia a commandé à la société française CS Telecom des matériels de télécommunication. En garantie

d’un concours que lui a consenti le Crédit Lyonnais, la société CS Telecom cède en propriété à cet établissement de crédit les créances qu’elle détient sur sa clientèle. Ultérieurement CS Telecom conclut avec la société de droit italien Urmet une convention de sous-traitance pour la fabrication de matériels divers. Urmet n’ayant pas été payée fait valoir sa qualité de sous-traitant dans le marché CS Telecom/Telecom Italia et se prévaut du droit au paiement direct par Telecom Italia que lui reconnaît en cette qualité l’article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 (L. 2 janvier 1981). Cette demande est contestée par le Crédit Lyonnais qui fait valoir la cession à son profit de la créance de CS Telecom. La cour d’appel de Versailles fait droit à la demande du sous-traitant. Elle juge que l’article 13-1 de la loi de 1975 détermine les conditions d’application de la loi du 2 janvier 1981 (devenue art. L.313-23 et s. C.mon. et fin.) et que cette loi doit recevoir application dès lors que cette loi est applicable à une cession de créance, quelle que soit la loi qui est applicable à ces créances au sens du droit international privé. Ce serait donc de la technique de cession choisie par les parties que dépendrait le règlement du conflit entre le sous-traitant et la banque cessionnaire de la créance.

8. Ce raisonnement n’a pas convaincu la Cour de cassation. C’est à tort que la cour d’appel a considéré que l’applicabilité de l’article 13-1 est liée à une forme particulière de cession de créance. Le texte vise les cessions et nantissements de créances en général. L’arrêt commenté met en œuvre, pour déterminer le champ d’application international de l’article 13-1 de la loi de 1975, un critère qui est beaucoup plus en harmonie avec la théorie générale des conflits de lois. Les prescriptions de ce texte “*ne peuvent être valablement opposées aux banques cessionnaires qu’à la condition que la loi française soit applicable au contrat liant le cédant, la société CS Telecom, et le sous-traitant, la société Urmet*”. L’arrêt ne précise pas la manière dont se détermine la loi applicable à ce contrat mais le seul fait qu’il soit fait référence à la loi du contrat implique de la Cour de cassation écarte l’application à l’article 13-1 de la qualification de loi de police au sens de l’article 3 du Code civil. L’article 13-1 est considéré comme une norme de droit français des contrats applicable selon les critères généraux du droit international privé tels qu’ils sont définis par les articles 3 et 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

9. On notera que l’arrêt commenté est en harmonie avec l’article 12 § 2 de la convention de Rome aux termes duquel la loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci. Or c’est bien la cessibilité de la créance cédée qui était discutée dans le cas examiné. Mais l’article 12 ne vise expressément que les rapports entre cédant et cessionnaire et les rapports entre le cessionnaire et le débiteur. Le conflit entre deux personnes revendiquant un droit sur la créance cédée n’est pas mentionné dans le texte<sup>2</sup>.

10. Dans le prolongement de la question sur laquelle s’est prononcée la Cour de cassation dans l’arrêt commenté, il sera permis d’évoquer une situation qui ne semble pas, jusqu’ici, avoir été soumise aux tribunaux mais que la pratique a ren-

1. Sur les clauses d’incessibilité en droit comparé, voir G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international*, n°112, 2007, p.51, paragraphe n°24; G. Affaki, “L’apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque”, *Banque & Droit*,

n°90, 2003, p.10, paragraphe n°28.

2. G. Affaki, “L’apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque”, *op. cit.*, paragraphe n°88.

contrée. Il s'agit de l'application dans les rapports internationaux des dispositions de l'article L.442-6 II (c) du Code de commerce aux termes duquel : "Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers qu'il détient sur lui". La nullité prévue par ce texte est-elle applicable à une clause d'incessibilité insérée dans un contrat soumis une loi étrangère qui en reconnaît la validité ? La question se pose, par exemple, lorsqu'un fournisseur français cède à une banque une créance soumise à une interdiction de cession. Si la validité de la clause de non-cession est appréciée selon la loi du contrat, ainsi que le prévoit l'article 12 précité de la Convention de Rome, c'est la *lex contractus* qui fournira la réponse. Mais un tribunal français pourrait considérer que l'article L.442-6 II (c) du Code de commerce est une loi de police dont peuvent se prévaloir les professionnels établis en France. Le texte fait, en effet, partie du Chapitre II d'un Titre IV du Livre quatrième du Code de commerce qui traite de la concurrence. Or les règles du droit de la concurrence sont généralement rangées parmi les lois de police au sens de l'article 3 du Code civil et elles donc sont applicables à une opération effectuée par une entreprise localisée en France, quelle que soit la *lex contractus*.

## **Filiale d'une banque française à l'étranger – Restrictions au remboursement des dépôts édictées par les autorités étrangères – Action des déposants contre la société mère. Loi applicable.**

Paris, 15<sup>e</sup> ch.B, 24 mai 2007, *Dame Coso et autres c. SA Crédit Agricole*, *Juris-Data*, n° 333287

11. En difficulté à la suite de la modification par une loi du 6 janvier 2002 du taux de change entre le peso et le dollar américain, le Banco Bisel, banque argentine, filiale à 70 % de la banque française Crédit Agricole SA, s'est trouvé dans l'impossibilité de faire face aux demandes de remboursement de ses clients. Le 21 mai 2002, la Banque centrale de la République d'Argentine a mis sous tutelle le Banco Bisel et a suspendu sa licence bancaire, l'ensemble des clients ayant été transférés à la Nuevo Banco Bisel détenue à 100 % par le Banco Nation. Placés dans l'impossibilité de recouvrer leurs avoirs, 37 clients du Banco Bisel ont assigné Crédit Agricole SA devant le tribunal de grande instance de Paris en faisant valoir qu'il avait commis une faute en se déchargeant de tout risque financier sur sa filiale argentine en difficulté au lieu de renforcer les fonds propres de celle-ci. Le tribunal les a déboutés de leur demande et son jugement a été confirmé par la cour d'appel de Paris.

12. Tant devant les premiers juges que devant la cour d'appel, les clients demandeurs faisaient au Crédit Agricole un double grief : leur avoir laissé croire qu'il soutenait sa filiale argentine, puis avoir quitté le pays brutalement au lieu de reconstituer les fonds propres de celle-ci.

13. Le premier grief reposait sur la création par le Crédit Agricole d'une fausse apparence de confusion entre sa filiale

et lui-même. Les demandeurs faisaient valoir que dans différents documents publicitaires et informatifs était soulignée l'appartenance du Banco Bisel à un groupe bancaire international de premier plan, ce qui garantissait la sécurité et la rentabilité des capitaux qui lui étaient confiés. La cour d'appel considère que la pertinence de cette argumentation, fondée "sur l'apparence et sur la confusion entretenue entre les Crédit Agricole et le Banco Bisel", doit être appréciée sur le fondement de la *lex societatis*, c'est à dire la loi française, puisque le siège social du Crédit Agricole se trouve en France. L'application, en l'occurrence, de la loi de la société n'est pas indiscutable car le dommage invoqué par les demandeurs ne reposait pas sur le statut légal des sociétés en cause, mais sur la création d'une fausse apparence d'engagement du Crédit Agricole de faire face aux conséquences d'éventuelles difficultés économiques rencontrées par la République Argentine et/ou par le Banco Bisel.

14. C'est d'ailleurs sur le second grief – l'absence de recapitalisation de la filiale – que la cour d'appel porte l'essentiel de son attention. La cour d'appel constate l'accord des parties sur la nature délictuelle de ce type de faute. Elle en déduit que la loi compétente pour apprécier la responsabilité en découlant est celle du lieu où le dommage a été réalisé. En l'espèce c'était la loi argentine.

15. C'est donc, selon l'arrêt, sur la base de la loi argentine que doit être apprécié le comportement du Crédit Agricole au regard de sa filiale en difficulté. La compétence de la loi argentine s'imposait, en effet. Toutefois, il est douteux que la justification de cette compétence soit à rechercher dans les règles de conflits de lois applicables à la responsabilité délictuelle. Elle est, en réalité, la conséquence du statut des filiales bancaires qui, aussi bien pour leur constitution que pour leur fonctionnement, sont soumises à la législation en vigueur au lieu de leur propre siège et non à celle du siège de leur société mère (Juris-classeur de droit international, Fasc. 566-25 par J.Stoufflet et E.Bouretz, n° 33). C'est d'ailleurs sur ce terrain que s'est, en réalité, placée la cour d'appel. Elle ne retient pas l'argument des créanciers du Banco Bisel fondé sur l'article L.511-42 du Code monétaire et financier français. En application de ce texte : "Lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque de France, président de la commission bancaire invite...les actionnaires et les sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire". La référence à l'assistance prévue à l'article L.542-42 n'était pas fondée. D'une part, elle implique une "invitation" du gouverneur de la Banque de France qui n'avait pas été formulée dans le cas examiné et que, d'ailleurs, la jurisprudence ne considère pas comme source d'obligation pour les actionnaires ou sociétaires (Gavalda et Stoufflet, *Droit bancaire*, 6<sup>e</sup> éd., n° 146). D'autre part et surtout, le texte n'est applicable qu'aux établissements de crédit en difficulté localisés en France, les seuls relevant de l'autorité de la commission bancaire et de la Banque de France.

17. A bon droit, c'est dans la loi argentine que la cour d'appel recherche l'existence d'une éventuelle obligation des associés du Banco Bisel et notamment du Crédit Agricole, de porter assistance à sa filiale. Après avoir constaté de le Crédit Agricole n'avait souscrit aucun engagement envers les créanciers de sa filiale, la cour d'appel, relève que l'article

35bis de la loi bancaire argentine confie à la Banque Centrale le soin d'organiser un soutien à une banque en difficulté et de prendre à cette fin des mesures plus ou moins coercitives. Elle observe, toutefois, qu'il n'a pas été soutenu que la Banque centrale avait enjoint au Crédit Agricole de transférer des actifs au Banco Bisel, c'est-à-dire de le recapitaliser. En l'absence d'obligation imposée par la Banque centrale, le Crédit Agricole n'a donc pas commis de faute au regard des dispositions légales et réglementaires en quittant le Banco Bisel.

## Jurisprudence étrangère

### États-Unis

#### Crédit syndiqué – pouvoirs des minoritaires – capacité à ester – interprétation du contrat.

Sur la question de la capacité (*standing*) d'un prêteur dans un crédit syndiqué d'ester en justice individuellement et séparément des autres prêteurs, allant ainsi à l'encontre de l'accord des autres prêteurs de s'abstenir d'une telle action, les termes clairs et précis des dispositions contractuelles, lus dans le contexte de l'accord intégral, permettent de conclure, en l'espèce, que l'intention des prêteurs était d'agir collectivement en cas de défaillance de l'emprunteur et d'empêcher un prêteur individuel de bouleverser la convention des parties.

*New York Court of Appeals, Beal Savings Bank v. Viola Sommer, et al., 22 mars 2007, No. 26, 2007 NY Slip Op 02437.*

1. Les arrêts français et étrangers relatifs aux crédits syndiqués internationaux sont peu nombreux. C'est sans doute le reflet des conventions très détaillées dont ils font l'objet, généralement longuement négociées et avec l'assistance de conseils avisés. Les litiges répertoriés interviennent toujours après le dépôt du bilan de l'emprunteur. Un ou plusieurs prêteurs y voit alors l'occasion de rompre le principe de l'action collective qui sous-tend la syndication en excipant de la négligence, voire du dol, de l'agent. Alternativement, ils dissentsent du consensus des autres prêteurs dans l'espoir de voir le bouleversement ainsi occasionné aboutir au rachat de leur part par les autres membres du syndicat. L'arrêt ici commenté s'inscrit dans cette mouvance. En général, les tribunaux résistent à ces attermolements et insistent, avec raison, sur l'exécution littérale des termes de l'accord. Le problème se pose alors lorsque ces termes sont imprécis ou lacunaires.

3. Les documents de crédit, tels que définis par les parties, comprennent le contrat de crédit, la lettre d'intention, les billets à ordre, les lettres de crédit, les nantissements, les garanties, et un trust. Comme en droit français, et selon sa rédaction, la lettre d'intention en droit de l'État de New York peut avoir un effet juridique. Elle produit alors les effets d'une sûreté personnelle et doit être déclarée parmi les engagements hors-bilan du souscripteur, cf. Securities and Exchange Commission, "Disclosure in Management's Discussion and Analysis about Off-Balance

2. **Les faits.** En 1998, un crédit syndiqué a été mis en place pour financer la construction du complexe touristique Aladdin à Las Vegas aux États-Unis. Treize prêteurs ont avancé à cet effet 410 millions de dollars.

Le contrat de crédit nommait Aladdin Gaming LLC comme emprunteur, "diverses institutions financières" comme prêteurs et Bank of Nova Scotia comme agent. Les prêteurs n'étaient donc pas désignés individuellement. D'apparence anodine et motivé généralement par le souhait d'éviter d'avoir à égrener une longue liste de banques susceptible de changer à tout moment grâce à un marché secondaire de la dette particulièrement liquide, cet élément se révélera être déterminant dans l'issue du litige.

3. Les documents de crédit comprenaient, outre le contrat de crédit, une lettre d'intention (*keep well agreement*) souscrite par les promoteurs du projet au profit "de l'agent et de chaque prêteur" ainsi que de leurs cessionnaires et ayants droit éventuels "qui pourront alors en exiger l'exécution"<sup>3</sup>. L'engagement ainsi pris consistait en une promesse de prendre une participation au capital de l'emprunteur si des ratios financiers déterminés tombaient en dessous d'un certain seuil et en une garantie de paiement qui devenait exigible en cas d'accélération du prêt suite à la survenance d'un cas de défaut. La lettre d'intention, comme le contrat de crédit, précisait que les recours auxquels elle donne droit peuvent être cumulés avec d'autres recours au titre des autres documents de crédit.

L'intégralité des documents de crédit est régie par le droit de l'État de New York.

4. **Le litige.** Les attentats du 11 septembre 2001 eurent des effets ravageurs sur l'économie américaine, notamment sur le secteur touristique. Le complexe Aladdin en fut une victime aussi. L'emprunteur obtint alors la protection du Chapter 11 du Code fédéral de la faillite qui lui permet de continuer son exploitation à l'abri des poursuites des créanciers<sup>4</sup>.

Précisons qu'au moment de l'ouverture de la procédure collective, ni Beal Savings Bank, demandeur à l'action, ni d'ailleurs son cédant, BFC Capital Inc., ne figurait parmi les prêteurs du syndicat. Par la suite, BFC Capital Inc. devait acquérir 4,5 % du prêt en défaut et les céder ensuite à Beal qui entama la procédure judiciaire ici commentée.

5. En 2002, l'agent et l'ensemble des prêteurs à l'exclusion de BFC, soit 36 prêteurs détenant 95,5 % de l'encours du prêt, ont conclu un accord transactionnel avec les sponsors du projet. Au terme de cet accord, l'agent agissant pour le compte des prêteurs renonçait à exiger le paiement au titre de la lettre d'intention. En contrepartie de cette renonciation, les sponsors lui transféraient leurs droits dans un centre commercial et payaient une soulte additionnelle. BFC rejeta l'accord et céda ses droits à Beal.

Sheet Arrangements and Aggregate Contractual Obligations", RIN 3235-AI70, n 77 (Jan. 28, 2003); D. Wiesner, "Keep-well Letters: The Elusive Contingency", The CPA Journal Online (Nov. 1989) [dernière consultation 14 juillet 2007].

4. G. Affaki, "A European view on the US courts' approach on cross-border insolvency", in G. Affaki (Dir.), *Faillite internationale et conflit de juridictions : regards croisés transatlantiques*, Bruylant 2007, p.13 et s.

6. Beal réclama devant la Supreme Court de New York<sup>5</sup> la condamnation des souscripteurs au paiement dû au titre de la lettre d'intention. Les souscripteurs contrèrent en contestant la capacité de Beal à agir individuellement. Seul l'agent, soutiennent-ils, détient le droit d'agir sur instruction de la majorité des prêteurs si un cas de défaut survient. Ayant ainsi identifié une question de droit (l'interprétation des termes du contrat de crédit) dont la détermination est indépendante de la discussion des faits de l'espèce, ils demandèrent au titre d'une *motion to dismiss*<sup>6</sup> que la demande soit rejetée.

Le tribunal accorda la motion et rejeta la demande de Beal<sup>7</sup>. La Chambre d'appel (*Appellate Division*)<sup>8</sup>, puis la Cour d'appel de New York, juridiction suprême de l'État, confirma le jugement avec, toutefois, un juge dissident dans un avis remarqué. L'arrêt de la Cour d'appel, ici commenté, conclut que la lettre d'intention doit être examinée à la lumière du contrat de crédit qui, jugea-t-elle, prône clairement le principe d'une action collective excluant tout recouvrement individuel.

7. On peut bien sûr présenter l'arrêt comme un cas d'espèce résultant de la rédaction particulière des documents de crédit concernés. Il n'empêche que ses conséquences sont considérables, surtout compte tenu de la jurisprudence balbutiante préexistante aux États-Unis. Le statut de centre financier mondial de New York et la fréquence de la désignation de son droit dans les crédits syndiqués internationaux, notamment souverains, appuient l'importance de l'arrêt alors même qu'il ne constitue pas un précédent obligatoire pour les tribunaux fédéraux ou ceux des autres États des États-Unis.

La présentation des dispositions pertinentes des documents de crédit est un prélude nécessaire à l'étude du raisonnement de la Cour statuant à la majorité. On le contrastera ensuite avec l'avis dissident. Il est intéressant néanmoins de commencer par un aperçu de la jurisprudence antérieure sur la question.

8. **La jurisprudence antérieure.** Dans l'affaire *Credit Francais Intl., S.A. v Sociedad Financiera de Comercio, C.A.*<sup>9</sup>, où, suite au moratoire décrété par le Venezuela sur sa dette extérieure, un litige survint suite à la dissension d'un prêteur unique refusant la prorogation du terme de remboursement consentie par tous les autres prêteurs d'un syndicat. Le tribunal de New York rejeta la demande du prêteur minoritaire tendant à recouvrer sa quote-part du prêt. Le tribunal considéra que le prêt était conclu entre l'emprunteur et le syndicat agissant en tant que collectivité, et non avec chaque banque individuelle. Le tribunal nota que la documentation de prêt donnait à l'agent la discrétion de déclarer l'exigibilité anticipée du prêt, ou, au contraire, de s'y abstenir à moins de recevoir des instructions contraires de la majorité des prêteurs. Et le tribunal de juger, *a contrario*, qu'aucun prêteur agissant individuellement ne pouvait imposer de telles instructions. En l'absence de termes précis à cet effet, aucune action individuelle ne pouvait donc être reconnue.

5. Contrairement à ce que son appellation pourrait laisser penser, la Supreme Court de New York n'est que le premier degré de juridiction de l'État de New York.

6. CPLR 3211(a)(1) et (7). La motion to dismiss peut être décidée avant d'entamer les échanges substantiels (et coûteux) du pre-trial discovery; d'où son utilité pour le défendeur.

7. *Beals Savings Bank v. Sommer*, 10 Misc.3d 1062 (A), 814 N.Y.S.2d 559 (Supr. Ct. 2005).

9. Inversement, et au niveau fédéral, l'arrêt *A.I. Credit Corp. v Government of Jamaica*<sup>10</sup> a permis aux prêteurs d'intenter des actions individuelles en recouvrement à l'encontre de l'emprunteur, le gouvernement de la Jamaïque. Mais il ne pouvait en être autrement en raison des termes clairs du contrat de crédit syndiqué :

"The amounts payable at any time hereunder to each Bank shall be a separate and independent debt and each Bank shall be entitled to protect and enforce its rights arising out of this Agreement, and it shall not be necessary for any other Bank to be joined as an additional party in any proceedings for such purpose."

De plus, le contrat de crédit confinait expressément l'agent à "*des fonctions mécaniques et de secrétariat*"<sup>11</sup>.

L'affaire *New Bank of New England, N.A. v Toronto-Dominion Bank*<sup>12</sup> offre aussi l'exemple d'une majorité des prêteurs dans un syndicat souhaitant renoncer à constater le défaut de l'emprunteur et d'un prêteur unique refusant tout compromis et exigeant l'accélération du terme qui en est le corollaire. Adoptant une approche plus casuistique, la Cour jugea que les termes du crédit syndiqué indiquant : "*the agent may act in certain circumstances in accordance with the directions of the majority lenders...*" donnaient une certaine discrétion à l'agent quant à la déclaration d'une exigibilité anticipée, mais ne permettaient pas à un prêteur minoritaire d'imposer une telle exigibilité<sup>13</sup>. Toutefois, la Cour déduisit d'une autre disposition du contrat de crédit stipulant que les droits des prêteurs au titre du contrat ne sont pas exclusifs de leurs droits légaux que chaque prêteur pouvait ester en justice à titre individuel pour le recouvrement de sa quote-part du prêt.

10. **Les termes des conventions.** Les termes des documents de crédit dans l'arrêt *Beal* ne donnaient aucune indication quant au pouvoir d'un prêteur d'agir individuellement au titre du prêt syndiqué. Ceci n'empêcha pas la Cour d'identifier des dispositions dans le contrat de prêt et dans la lettre d'intention qu'elle interpréta souverainement comme l'indication irréfragable d'un principe exclusif d'action collective.

11. Elle commença par relever une disposition de la lettre d'intention qui indiquait qu'elle devait être interprétée et appliquée conformément au contrat de crédit, sauf lorsqu'il était indiqué autrement en termes exprès. N'ayant pas identifié dans la lettre d'intention des termes précis quant à l'action à prendre en cas de défaut de l'emprunteur, la Cour se référa au contrat de crédit et plus particulièrement à l'article 8.3 qui dispose :

"If any Event of Default... shall occur for any reason, whether voluntary or involuntary, and be continuing, the Administrative Agent, upon the direction of the Required Lenders, shall by notice to the Borrower

8. *Beals Savings Bank v. Sommer*, 29 A.D.3d 388, 815 N.Y.S.2d 63 (1st Dep't 2006).

9. 128 Misc 2d 564 (Sup Ct, NY Co 1985).

10. 666 F Supp 629 (SD NY 1987).

11. *Idem*, 631.

12. 768 F Supp 1017 (SDNY 1991).

13. *Idem*, Re Enron Corp., 302 BR 463, 473 (Bankr SD NY 2003), aff'd 2005 WL 356985 (SDNY).

declare all or any portion of the outstanding principal amount of the Loans and other Obligations... to be due and payable or the Commitments... to be terminated, whereupon... the Borrower shall automatically and immediately be obligated to deposit with the Administrative Agent cash collateral in an amount equal to all Letter of Credit Outstandings ... In addition to the foregoing, the Administrative Agent upon direction of the Required Lenders may, without further notice of default, presentment or demand for payment, protest or notice of non-payment or dishonor, or other notices or demands of any kind..., exercise any or all rights and remedies at law or in equity (in any combination or order that the Lenders may elect, subject to the foregoing), including, without prejudice to the Lenders' other rights and remedies, the following:

(...)

(h) recover judgment on the Completion Guaranty or the Keep-Well Agreement either before, during or after any proceedings for the enforcement of the Lenders' rights and remedies hereunder or under the other Loan Documents.”

12. L'agent devait ainsi agir sur instruction de la majorité des prêteurs (une supermajorité des deux tiers de l'encours du crédit) pour déclarer un cas de défaut et exiger le remboursement anticipé du crédit. C'est aussi à l'agent, toujours agissant sur instruction de la majorité des prêteurs, que le contrat de crédit attribuait le pouvoir d'exercer les droits et les recours des prêteurs au titre de la loi ou de l'*equity*, y compris aux fins du recouvrement au titre de la lettre d'intention.

13. La Cour refusa de voir dans la lettre d'intention souscrite au bénéfice "*de l'agent et de chaque prêteur*" un instrument primant l'article 8.3 susmentionné sous peine de rendre ce dernier caduc et sans effet. Pourquoi, s'interrogea la Cour de manière rhétorique, exiger une supermajorité des prêteurs pour prendre une mesure d'exécution si chaque prêteur peut aboutir au même résultat par son action individuelle ?

14. Continuant sa lecture méticuleuse des documents de crédit, la Cour se référa aussi à d'autres dispositions qui soulignent le pouvoir considérable délégué à l'agent, excluant ainsi un rôle mécanique de secrétariat. C'est notamment le cas de l'article 9.1 du contrat de crédit où l'agent est autorisé à agir pour le compte des prêteurs en l'absence d'instructions contraires de la majorité. L'agent se voyait ainsi octroyer le pouvoir de fixer le taux d'intérêt, de recouvrer les paiements exigibles, et d'examiner les documents comptables de l'emprunteur. De manière moins convaincante, la Cour tira aussi argument de la rédaction de la page de couverture du prêt qui identifiait nommément l'agent, mais pas chaque prêteur qui, au contraire, sont regroupés sous l'appellation générale et anonyme de "*diverses Institutions financières*".

14. First Natl. Bank of Louisville v Continental Illinois Natl. Bank and Trust Co. of Chicago (933 F2d 466 (7th Cir 1991) (agent did not breach contract when it acted collectively with other lenders not to accelerate notes despite borrower's default and over objection of individual bank); H. J. Kashner, "Majority Clauses and Non-Bankruptcy Cor-

15. Beal proposa alors une lecture téléologique de la clause classique de partage (*sharing clause*). Cette clause, on le sait, impose à tout prêteur ayant obtenu un quelconque paiement de l'emprunteur, y compris par l'effet d'une compensation, de rétrocéder aux autres prêteurs l'excédant de sa quote-part proportionnelle. Si le droit au paiement est ainsi affirmé, soutint Beal, le droit pour un prêteur d'entreprendre l'action nécessaire pour obtenir un tel paiement n'en est que le corollaire indispensable. L'argument, plus inspiré, fut tout aussi impitoyablement rejeté par la Cour. Elle vit, bien au contraire, dans le principe même de la clause de partage l'affirmation de la structure collective du syndicat.

16. Le dernier argument avancé par Beal consistait à soutenir que l'accord transactionnel consenti par la majorité des prêteurs avait pour effet de libérer les sponsors de leur engagement au titre de la lettre d'intention. Et d'exciper de la clause 10 du contrat de prêt qui interdisait une telle modification des sûretés sans le consentement unanime des prêteurs. Là aussi, la Cour refusa de réduire l'accord transactionnel à une simple libération des sponsors. Elle considéra que, même si ses conséquences sont similaires à celles d'une libération, il s'agissait là plutôt des suites d'un cas de défaut pour lequel le contrat de crédit a prévu une procédure précise dépendant de l'accord de la majorité des prêteurs<sup>14</sup>. Elle jugea que l'accord tendant à restructurer la dette de l'emprunteur s'inscrivait bien dans ce cas.

17. En l'absence d'indication précise dans les documents de crédit du droit de chaque prêteur de recouvrer séparément sa quote-part du crédit en cas de défaut de l'emprunteur, la Cour refusa d'admettre qu'une action individuelle, en dehors de l'action intentée par l'agent pour le collectif des prêteurs, puisse prospérer. Elle conclut que la règle de supermajorité était précisément prévue par les parties pour protéger l'ensemble des prêteurs du syndicat de la nuisance des actions sporadiques d'un prêteur insatisfait. L'action de Beal devait par conséquent être rejetée.

18. **L'avis dissident.** Le juge Robert S. Smith dissente par un avis remarqué de l'avis de la majorité de la Cour rédigé par la présidente Kaye et soutenu par les juges Ciparick, Graffeo et Pigott.

Il nota à titre préliminaire que toute banque qui ne serait pas remboursée de son prêt est en droit d'intenter une action en recouvrement. Elle peut bien sûr subordonner ce droit à la décision d'une majorité dans le cas où elle agirait dans le cadre d'un groupe de prêteurs. Mais il faut alors, observa le juge Smith, que cette renonciation fasse l'objet d'un accord exprès. Il souligna, non sans ironie, qu'après tout il n'est pas si difficile de stipuler: "*No suit shall be brought except by the Administrative Agent, acting upon the written instructions of the Required Lenders.*" Or, force est de constater qu'un tel accord n'est pas stipulé dans le contrat de crédit ou dans la lettre d'intention.

porate Reorganizations - Contractual and Statutory Alternatives", 44 Business Lawyer 123, 125-126 (Nov. 1988) (better practice, when agreement has waiver and supermajority clauses, is to allow supermajority to elect action before bankruptcy to avoid preferential treatment of one institution over others).

19. Le juge continua son raisonnement en notant que les prêteurs se sont engagés “conjointement” (*severally*). Le corollaire de cet engagement est, qu’à défaut de stipulation contraire, chaque prêteur conserve le droit d’agir séparément pour le recouvrement de son prêt<sup>15</sup>. Et de s’inscrire en dissension par rapport à la majorité de la Cour qui a identifié dans les termes de l’accord une volonté claire et précise des prêteurs de renoncer au droit à l’action individuelle en recouvrement au profit d’une action collective décidée par la majorité.

L’article 8.3 du contrat de crédit, pierre d’angle de la décision de l’arrêt, ne trouva pas grâce non plus aux yeux du juge Smith. Loin de permettre d’inférer qu’un prêteur ne peut agir individuellement, le juge interpréta cet article comme permettant à l’agent d’agir pour le compte des prêteurs s’ils l’instruisent pour cela à la majorité des deux tiers... mais sans pour autant signifier que ces prêteurs ne peuvent agir eux-mêmes<sup>16</sup>; il s’agit là d’une autorisation, non d’une exclusion. Et le juge de rajouter :

*“A statement that an agent may act on a principal’s behalf does not mean that the principal has disabled itself from acting on its own.”*

20. L’avis dissident cita aussi l’arrêt *Commercial Bank of Kuwait v Rafidain Bank*<sup>17</sup> dans lequel la Cour d’appel fédérale avait jugé qu’un prêteur agissant individuellement disposait de la capacité à agir :

*“While the participation agreement (...) authorizes the ‘Confirming Bank’ to sue ‘only if requested to do so by the Majority Banks,’ this provision does not abrogate the rights of participating banks to sue on their own”.*

Notons que la majorité avait examiné ce précédent dans le dispositif de l’arrêt. Elle l’avait rejeté comme cas d’espèce non transposable au litige au motif que les pouvoirs contrac-

tuels de l’agent d’ester en justice pour le compte du syndicat étaient conditionnés dans la documentation à une autorisation précise à cet effet. La Cour avait aussi noté que l’arrêt *Commercial Bank* avait appliqué le droit anglais, choisi dans le contrat de crédit, qui permet à un mandant d’intenter une action à l’encontre du cocontractant de son mandataire sauf si le contrat restreint un tel droit aux seules parties signataires<sup>18</sup>.

21. **Conclusion.** On sort partagé à la lecture de cet arrêt. Il nous faut convenir qu’il est pour le moins improductif, sinon choquant, de voir un prêteur détenant 4,5 % de l’encours du prêt prendre en otage l’ensemble des 36 autres prêteurs détenant 95,5 %. On sait aussi que des fonds, appelés communément “fonds vautours”, achètent sur le marché secondaire des créances en souffrance à vil prix pour pouvoir ensuite rejoindre le collectif des prêteurs historiques et bloquer par des recours judiciaires tout rééchelonnement dans l’espoir de faire acheter leur créance en décuplant leur mise<sup>19</sup>. Mais il faut tout aussi convenir que l’abus de majorité existe bel et bien dans les prêts syndiqués. Un ou plusieurs minoritaires peuvent alors faire les frais d’une collusion entre l’emprunteur ou les sponsors et des prêteurs détenant la majorité requise pour déclencher l’exercice d’un droit du syndicat.

22. Dans des contrats entre professionnels aguerris, généralement bien conseillés, il faut tenter de privilégier autant que possible l’application littérale des termes du contrat. C’est là une condition essentielle pour la sécurité et la prévisibilité des transactions dans le marché financier. En attendant de voir si la jurisprudence *Beal* sera suivie en dehors des tribunaux de l’État de New York, un prêteur qui souhaiterait garder l’option de ne pas se rallier à l’avis de la majorité des autres prêteurs du syndicat serait bien avisé de faire stipuler dans le contrat entre prêteurs son droit d’intenter à titre individuel et séparé les actions de recouvrement qu’il estimerait opportunes. ■

15. La problématique est la même en droit français. On tend à lire “engagements conjoints” comme le synonyme d’engagements “solidaires”, termes souvent d’ailleurs accolés dans les contrats (s’engager conjointement et solidairement). A tort, car le terme “disjoint” serait bien plus approprié pour refléter l’absence d’unisson entre les engagements des prêteurs syndiqués.

16. Le juge releva d’ailleurs une contradiction intrinsèque dans le même article 8.3 lorsqu’il permet à l’agent d’introduire, ou de se défendre

contre, une action intentée par ou contre l’emprunteur ou les prêteurs ! L’application littérale de la disposition conduit en effet à reconnaître qu’un prêteur peut intenter une action.

17. 15 F3d 238 (2d Cir 1994).

18. *Idem*, 243 (références non reprises).

19. G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international*, Banque & Droit, n° 101, 2005, p. 81.