

# Chronique financière et boursière



**Hubert de Vauplane**  
Direction des affaires juridiques  
Banque Paribas

## **Produits dérivés. Responsabilité de l'intermédiaire. Opérations transfrontières. Détermination des tribunaux compétents. Défaut de compétence**

*United States District Court/Southern district of New York, 28 juin 1996, Salomon Brothers/Seita.*

Les pertes consécutives à des opérations sur produits dérivés continuent d'alimenter la jurisprudence. On se souvient que plusieurs affaires ont donné lieu récemment à des décisions outre-Atlantique sur ce sujet (17). La présente décision est intéressante en ce sens que les tribunaux de New York étaient appelés à se prononcer sur un dossier dans lequel le plaignant n'était pas américain, contrairement à la défense. A la suite de pertes d'un montant total de 30 millions de dollars sur des swaps, la société française Seita assigne différentes sociétés du groupe Salomon Brothers devant les juridictions américaines. Les faits sont malheureusement d'une simplicité qu'il convient toutefois de relever pour souligner la permanence des conditions dans lesquelles interviennent ces pertes (et la naïveté de certains !). La Seita, comme on le sait, est une société qui a peu de rapports avec le monde de la finance. Pourtant, à la fin de 1993, elle est contactée par un représentant de la société Salomon Brothers, à travers la filiale londonienne de celle-ci, pour mettre en place une «stratégie» de couverture (!) sur des opérations de swaps. Salomon Brothers suggère ainsi à Seita de prendre position sur un swap de taux en DM et un swap de devises portant sur le dollar US et le yen. Le trésorier de la Seita, seul de sa société à être en relation avec Salomon (!), accepte cette proposition compte tenu de l'assurance qu'il avait reçue de l'opérateur de Salomon que ces opérations ne comportaient pas de risques (?), et qu'en tout état de cause, si cette position s'avérait (par malheur !) perdante pour la Seita, Salomon s'engageait à mettre en place une stratégie permettant à Seita de «sortir sans trop de casse». Ce n'est que lorsque le malheur arriva et que Seita dut payer à Salomon les pertes résultant de ces swaps et que la direction de la société eût connaissance de ces opérations. Comble de malchance, lorsque Salomon envoie une lettre au directeur financier de la Seita lui demandant de confirmer, par retour de courrier, les opérations initiées par son trésorier, la Seita signe cette lettre, réduisant ainsi les chances de considérer que ces opé-

rations n'avaient pas été réalisées par une personne autorisée, et donc à son insu. Pour sa défense, la Seita indique que cette réponse avait été faite automatiquement, sans conscience des conséquences, et ce d'autant moins que le signataire «disposait de notions rudimentaires d'anglais» (!).

C'est pour tenter de recouvrer tout ou partie de ses pertes que la Seita assigne en justice Salomon aux États-Unis. Les moyens soulevés sont là encore classiques : la Seita reproche à Salomon d'avoir agi non pas au titre d'un contrat de représentation en qualité d'«intermédiaire», mais comme «contrepartie» (c'est-à-dire comme cocontractant), d'avoir failli à son devoir fiduciaire (*fiduciary duty*), d'avoir contracté avec une personne non autorisée à le faire, de ne pas avoir communiqué périodiquement les résultats des opérations, de ne pas avoir donné à la Seita accès au modèle d'évaluation des risques de Salomon, modèle servant au calcul des flux entre les parties et enfin d'avoir violé un certain nombre de règles américaines contenues dans le Securities Act et l'Exchange Act. Pourtant, l'essentiel n'est pas là. En effet, le juge Robert W. Sweet déboute la Seita, sans examiner le fond du dossier, au motif que les tribunaux américains ne sont pas compétents pour trancher un tel cas. Bien que rien ne soit expressément mentionné en ce sens dans la décision commentée, il est vraisemblable que les contrats de swaps, comme souvent en la matière, étaient conclus sous le droit américain et que les parties avaient attribué compétence aux juridictions de New York. On sait en effet que les swaps, lorsqu'ils sont conclus entre sociétés étrangères, sont généralement conclus sous le contrat-cadre ISDA. En pareil cas, la clause de droit applicable est alors soit la loi de New York, soit le droit anglais, et la clause attributive de compétence mentionne soit les juridictions anglaises soit celles de l'État de New York. Pourquoi alors le juge a-t-il refusé d'examiner la demande de Seita ? La réponse est contenue, pour partie, dans un élément de fait important. Lors des contacts préliminaires, la Seita, ou plus exactement son trésorier, était en relation avec Salomon Brothers International Ltd, filiale de Salomon Brothers Inc, elle-même filiale de Salomon Brothers Holding Inc. Si la première entreprise est une société de droit anglais, les deux autres sont enregistrées aux États-Unis, et plus particulièrement dans l'État du Delaware. Or, tout le suivi administratif des opérations de swaps des différentes sociétés du groupe Salomon est centralisé à Tampa en Floride. Seita estime donc que le swap a été conclu par une

société de droit américain. Dans sa décision, le juge Robert W. Sweet n'a pas suivi l'argumentation de la Seita.

Pour prendre une telle décision, le juge constate d'abord que les lois américaines relatives aux valeurs mobilières et aux marchandises sont muettes sur la question du droit applicable aux opérations réalisées à l'étranger par des entreprises américaines. Pour examiner s'il est compétent, le juge se réfère à la jurisprudence américaine qui, en pareil cas, prévoit la mise en place de deux «tests» : le *conduct test* et l'*effects test*. Au cas présent, selon la jurisprudence américaine, seul le premier test est applicable. Selon celui-ci, les tribunaux américains ne sont compétents à juger un litige avec un étranger uniquement que s'il existe des liens importants et forts avec le territoire des États-Unis. Selon le juge, «pour satisfaire le test de la « conduite », Seita doit démontrer que les activités américaines du défendeur constituent la cause directe de ses pertes». Or, le juge constate, d'une part, que les pertes ont été «causées» par une société de droit anglais directement en relation avec la Seita et d'autre part, que les activités de Salomon au centre administratif de Tampa en Floride ne présentent qu'un aspect secondaire comparées à celles réalisées depuis Londres. En conséquence, «les prétentions du requérant n'ont pas satisfait au "conduct test" [...]», ce qui conduit le juge à considérer que «les pertes subies par la Seita l'ont été en dehors des États-Unis», et donc à écarter la compétence du juge américain. Il convient de noter ici, dans une situation presque similaire, une solution inverse d'une autre juridiction américaine (18).

L'intérêt majeur de cette décision réside dans le refus d'examen par le juge américain du litige. D'un point de vue pratique, même s'il n'est pas possible de tirer des conclusions définitives de cette décision, il semble que le seul fait de soumettre un contrat au droit américain et de donner compétence aux juridictions américaines ne suffit pas pour que celles-ci se considèrent compétentes. Si tel est le cas, il convient de s'interroger sur la pertinence de soumettre ces contrats au droit américain, et s'il n'est pas préférable de changer les clauses attributives de compétence. Une telle décision ne peut qu'encourager les opérateurs français à signer, pour les opérations sur produits dérivés, les contrats cadres AFB qui soumettent les opérations aux droit et juridictions français.

(17) H. de Vauplane, «Sécurité et responsabilité des opérations sur produits dérivés», *RD. bancaire et bourse*, novembre/décembre 1995, n° 52, p. 202.

(18) Cf. *Transmor (Bermuda) Ltd v. BP North America*, 666 F. Supp. 581 (SDNY 1987), cité par Richard A. Miller, «US Court declines to hear cross-border swap dispute», in *bulletin de White and Case*, novembre 1996.

