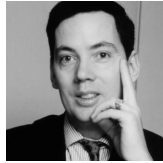


# Chronique financière et boursière



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

## **Produits dérivés (swaps). Responsabilité de l'intermédiaire en droit américain. Obligation de conseil (non). Fraude (non)**

*Court décisions, First Judicial Department, New York County, Supreme Court, 24 février 1998, Seita/Salomon Brothers Intern. Ltd.*

*Une société ne peut reprocher à son courtier d'avoir manqué à son devoir d'information et d'avoir conclu frauduleusement des opérations sur produits dérivés dès lors d'une part, qu'elle ne peut établir que son courtier avait conclu un contrat d'investissement le plaçant dans une relation de conseil, et d'autre part que son trésorier disposait bien de la capacité d'engagement dans des opérations à terme.*

On se souvient des déboires de la société française Seita dans des opérations de swaps de change avec le courtier Salomon Brothers International Ltd (SIBL). Dans une précédente décision du 26 juin 1996, la Cour fédérale de New York avait rejeté les prétentions du fabricant de cigarettes et d'allumettes en estimant le droit américain incompétent à régler un litige entre une société française et une anglaise quant à des opérations de swaps conclues en dehors du territoire des États-Unis (21).

Dans une nouvelle décision du 24 février 1998 cette fois-ci devant la Cour Suprême de l'État de New York (22) et pour laquelle les propos qui suivent constituent pour l'essentiel la traduction, la Seita est déboutée de ses prétentions, notamment au regard de sa demande fondée sur le manquement à l'obligation de conseil et la fraude. SBIL demandait un jugement partiel en référé (*partial summary judgment*) afin de voir Seita déboutée de ses demandes fondées sur le manquement à une obligation de conseil et sur la fraude. On rappellera que Seita a engagé cette procédure afin de recouvrer la somme d'environ 30 millions US\$ qu'elle a perdue du fait de sa participation avec SBIL à deux opérations sur produits dérivés au début de 1994. Par une ordonnance en date du 9 janvier 1997, le tribunal de l'État de New York a rejeté les moyens fondés sur la fraude, ceux-ci reposant sur des assurances orales concernant le degré de risque des opérations de swap envisagées. Le tribunal a décidé qu'au regard des clauses stipulées dans la convention-cadre (*merger clauses*) et des déclarations contenues au rapport financier de la demanderesse, celle-ci ne pouvait prétendre qu'elle «n'était

*pas consciente des risques inhérents à de tels investissements spéculatifs», ou qu'elle s'était raisonnablement fondée sur les déclarations incriminées. De même, le tribunal a rejeté le moyen de la demanderesse selon lequel SBIL aurait omis de révéler qu'il était une partie intéressée à la transaction, estimant qu'«il ressort clairement des conventions que les transactions étaient des conventions "de principal à principal" entre les parties seulement, et que la défenderesse n'agissait pas "à titre d'intermédiaire"». Toutefois, considérant l'argument de Seita que SBIL aurait agi en tant que conseiller financier de la demanderesse, le tribunal a conclu que les pièces versées aux débats ne permettaient pas de déterminer «si les rapports entre les parties étaient de nature à permettre à une partie d'agir en manquement à une obligation de conseil et sur la responsabilité pour négligence». C'est à la suite de cette décision qu'intervient la discussion sur le fond au niveau de la Cour Suprême de l'État de New York. Seita présentait son argumentation autour de la notion de devoir de conseil et de fraude.*

La cour rejette la demande fondée sur le manquement à l'obligation de conseil. En effet, le juge Ramos s'appuie sur la jurisprudence de l'État de New York aux termes de laquelle, «une obligation de conseil peut découler des stipulations expresses d'un contrat, ou de facteurs tels que la durée des relations des parties, leur interdépendance financière et le fait qu'elles partagent des informations confidentielles». Toutefois, quand une opération commerciale donne lieu à de véritables négociations entre les parties, aucun rapport de confiance (*confidence or trust*) donnant naissance à une obligation de conseil ne peut être constaté, sauf circonstances exceptionnelles. Ainsi, «si les parties se trouvent ou se placent dans le cadre du fonctionnement habituel d'un marché, et si elles ne créent pas de relations de confiance particulière, les tribunaux ne doivent pas de manière générale conclure à l'existence d'une relation différente et créer une obligation renforcée à leur égard». Une obligation de conseil informelle pourra parfois être constatée quand «une partie attribue à une autre une confiance particulière, telle qu'elle devient dépendante de la deuxième partie». Toutefois, une telle relation n'est généralement pas constatée en l'absence d'une «démonstration d'une inégalité importante entre les parties, et d'une incitation frauduleuse à contracter, ou un état de domination totale d'une partie par une autre». Le juge Ramos constate ensuite que les demandes fondées sur le manquement à une obligation de

conseil ont généralement été rejetées dans des espèces concernant des transactions conclues par des parties sophistiquées appartenant au secteur des services financiers. Bien qu'aucun tribunal de l'État de New York n'ait défini l'étendue de l'obligation dans le contexte précis du cas d'espèce, un tribunal fédéral de district de l'État d'Ohio, appliquant la loi de l'État de New York, a considéré que des parties à une transaction de swap sur taux d'intérêt se situaient dans une relation d'affaires plutôt que dans une relation de conseil (*fiduciary relationship*), bien que la banque défenderesse avait une connaissance supérieure de l'opération de swap (il s'agit de l'affaire bien connue *Procter & Gamble v. Bankers Trust Co.* : 925 F. Supp. 1270 [SD Ohio 1996]). Dans cette affaire, le tribunal avait accordé le jugement en référé rejetant la demande fondée sur le manquement à l'obligation de conseil, et ce bien que la demanderesse invoquait (a) qu'elle avait conclu l'opération de swap en conséquence de ses relations de longue date avec la banque, (b) qu'elle avait fourni des informations confidentielles à la banque, (c) qu'elle avait accompli des investissements substantiels sur le fondement des assurances de la banque sur son expertise en matière de produits dérivés, (d) qu'elle avait reçu des assurances que la banque concevrait des swaps à la mesure des besoins de la demanderesse, et (e) qu'elle avait reçu des assurances que la banque assurerait le suivi de la transaction et surveillerait les intérêts de la demanderesse. Au cas présent, la Seita n'a pas démontré, de manière suffisante pour s'opposer à une demande de jugement en référé (*summary judgment*), que ses relations avec SBIL sortaient plus du cadre ordinaire que celles invoquées par *Procter & Gamble*, ou dans les arrêts similaires de New York qui ont rejeté les demandes fondées sur l'existence d'une obligation de conseil. Pour appuyer ses dires, le juge a constaté que la Seita était «une société importante et sophistiquée au chiffre d'affaires de plusieurs milliards de dollars, entrée en relations contractuelles avec SBIL en tant que contrepartie et qu'elle avait conscience des risques substantiels existants». Le juge poursuit en estimant que bien que la demanderesse ait, au stade des plaidoiries, prétendu que SBIL avait eu un rôle de conseiller financier, elle n'a pas prouvé que de tels rapports existaient entre les parties concernant les transactions en question. Elle n'a pu verser aux débats aucun contrat de services de conseil financier. En lieu et place, elle se fonde sur des séries de fax émanant du vice-président de SBIL, Gilles Albou, dans lesquels celui-ci tente de persuader le trésorier de l'époque de la Seita, Marc Tardieu, de prendre une décision. Si le tribunal admet que les fax constituent au pire de simples démarches commerciales ou, dans les termes de la demande, de la «promotion agressive», même en acceptant l'argument de la demanderesse aux termes duquel l'information financière contenue dans ces documents constituerait des conseils d'investissement, la Seita n'a pas démontré que le rôle supposé de conseiller ait créé des rapports au sein desquels SBIL exerçait une domination sur la demanderesse. Selon le juge, «les faits démontrent plutôt que la demanderesse a négocié les conditions des transactions avec SBIL et a exercé son jugement en pleine indépendance en décidant de conclure les transactions». Le fait, pour le magistrat, que SBIL ait pu posséder une connaissance supérieure des swaps n'est simplement pas suffisant pour «convertir leurs relations d'affaires en une relation dans laquelle est imposée une obligation de conseil» (arrêt *Procter & Gamble*), d'autant plus que, comme le concède le trésorier de la Seita dans son attestation, la demanderesse aurait pu faire évaluer ses transactions par

d'autres institutions financières.

Le moyen de fraude de la demanderesse est fondé en partie sur l'affirmation que SBIL aurait conclu les opérations de swaps alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que M. Tardieu, en tant que trésorier de la Seita, ne pouvait conclure une telle opération sans l'accord préalable de ses supérieurs. Selon la cour, cette demande est moins fondée sur la fraude que sur la nullité d'un contrat pour manque de capacité. Pour autant, un trésorier d'entreprise «doit être considéré comme ayant les pouvoirs les plus étendus pour engager sa société dans des transactions financières». Les pièces du dossier démontrent que le trésorier de Seita avait les pouvoirs réels ou au moins apparents pour engager la demanderesse dans les transactions incriminées et que, même si tel n'était pas le cas, la demanderesse a ratifié l'opération. La capacité du trésorier découle d'un document intitulé «délégation de pouvoirs» en date du 23 juillet 1990. Dans ce document, M. Tardieu se voyait confier, entre autres, la responsabilité de gérer la trésorerie de Seita et de négocier les investissements de trésorerie. La délégation ne contenait aucune limitation à l'égard du type d'investissement, en produits dérivés ou autres, que M. Tardieu pouvait réaliser. Alors que la demanderesse prétend que les pouvoirs du trésorier en vertu de la délégation étaient limités par une résolution de l'assemblée générale de la société Seita d'avril 1990, qui soumettait à l'accord du conseil d'administration la conclusion de toute transaction financière «de nature innovatrice ou présentant un risque particulier par rapport aux techniques couramment utilisées», il résulte des termes même de la résolution, selon la cour, qu'elle «ne pouvait être opposée à des tiers». De plus, même si les swaps en question pouvaient être considérés comme «innovateurs» pour la demanderesse, celle-ci n'a pas prouvé qu'elle avait en fait exigé de son trésorier qu'il accomplisse les démarches de vérification ou d'autorisation à l'égard des swaps pendant la période concernée, ou que ses procédures internes avaient été communiquées à des tiers. Au contraire, les pièces démontrent que M. Tardieu était revêtu des pouvoirs les plus étendus pour négocier et conclure tous investissements pour le compte de la demanderesse, ce qu'il a fait. A titre de preuve que SBIL elle-même pensait que M. Tardieu n'avait pas les pouvoirs requis, la Seita a souligné les efforts de SBIL pour contacter les supérieurs de celui-ci au sujet des transactions litigieuses. Alors que les faits suggèrent que SBIL a pu contacter les dirigeants de la demanderesse en conséquence d'une inquiétude que celle-ci puisse vouloir résoudre les swaps sur le fondement de leur inadaptation (*unsuitable*), le résultat final des communications fut une ratification des transactions par la direction de la Seita. En effet, en juillet 1994, le directeur financier de la Seita, Gilbert Dupont, a signé et renvoyé une lettre accusant réception des confirmations des swaps. Il s'est aussi entretenu au téléphone avec des représentants de SBIL, et a à la suite de ces conversations reçu une lettre concernant les transactions. Le résultat de ces communications fut de l'informer des conditions des swaps et de la responsabilité potentielle de la demanderesse à leur égard pour des montants de plusieurs millions de dollars.

Pour l'ensemble de ces raisons, la cour rejette les arguments de la Seita et estime d'une part, que SBIL n'a pas manqué à son devoir d'information, et d'autre part, que SBIL n'a pas commis de fraude dans la conclusion des opérations litigieuses, notamment au regard de l'obligation de vérifier les pouvoirs dont dispose le trésorier pour engager son entreprise. Cette décision, et particulièrement son dernier point,

est à rapprocher de celle rendue par la Cour de cassation en France dans l'affaire du Savour Club (**voir ci-dessous**).

L'on notera que cette décision de la Cour Suprême a fait l'objet d'un appel auprès de la même cour (23).

(21) United States District Court/SD of New York, 26 juin 1996, *Banque & Droit*, n° 52, mars-avril 1997, p. 38, note H. de Vauplane.

(22) First Judicial Department, New-York County, Suprem Court : Seita v. Salomon Brothers Inter. Ltd, N.Y *Law Journal*, vol. 219, number 35 : La première décision du 26 juin 1996 traitant de l'application du droit américain dans une opération internationale était de la compétence des tribunaux fédéraux. La présente décision traitant de la responsabilité du banquier est une compétence de l'Etat, et non fédérale.

(23) Supreme Court, Appellate Division, First Department, 30 avril 1998 : Seita v. Salomon Brothers Intern. Ltd et Salomon Brothers Inc. : Le droit de l'État NY permet un tel appel dans la mesure où la première décision a été rendue par un seul juge et que l'appel sera examiné par trois juges.