

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL



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

Association de Droit international, Résolution n° 3/2012 relative aux principes de juridiction en matière de procédures civiles d'exécution sur les succursales de banque situées à l'étranger.

Association Succursale de banque – Saisie – Effet extraterritorial (non) – Dépôts auprès de succursales de banque à l'étranger.

En matière d'exécution des jugements, les succursales, bureaux ou agences d'une banque doivent être traités en tant qu'entités distinctes n'ayant pas la possession, la garde ou le contrôle des biens déposés auprès des succursales, bureaux, agences ou siège social de cette banque situés dans un autre État. En application de ce principe, une banque ne devrait pas se voir enjoindre par les tribunaux d'un État de geler ou de transférer au profit du saisissant les avoirs déposés par le débiteur saisi auprès de ses succursales, bureaux, agences ou filiales situés en dehors de la juridiction territoriale du tribunal ordonnant une telle mesure conservatoire ou voie d'exécution.

1. Le 30 août 2012, à l'issue d'une conférence qui s'est tenue à Sofia, l'Association de droit international a adopté à l'unanimité la Résolution relative aux principes de juridiction en matière de procédures civiles d'exécution sur les succursales de banque à l'étranger, sur proposition de son Comité de droit monétaire international¹. La Résolution affirme le principe de l'autonomie des succursales de banque à l'étranger et la territorialité des saisies. On peut espérer qu'elle mette enfin un terme à la divergence des jurisprudences nationales qui forme, depuis des années, un facteur majeur d'insécurité dans les opérations bancaires.

2. **La problématique.** Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Un jugement le condamnant au paiement de sa dette au profit d'un ou plusieurs créanciers est valable pour l'ensemble de ses biens, quelle que soit leur localisation. Le jugement est en effet prononcé *in personam* à l'encontre de ce débiteur : il ne pourra pas s'exonérer de sa dette – et de l'exécution du jugement –

au prétexte qu'il ne dispose pas de biens situés sur le territoire de l'État dont relève le tribunal l'ayant condamné.

3. Toute différente est la situation du tiers saisi. Celui-ci a l'obligation de geler les avoirs du débiteur en sa possession par l'effet suspensif de la saisie conservatoire ou de se libérer de sa dette entre les mains du créancier saisissant par l'effet dévolutif de la saisie attribution. Seulement, l'effet de la saisie à l'égard du tiers saisi ne peut être qu'*in rem*, limité à ceux des avoirs du débiteur qui sont en possession du tiers saisi, ou, s'agissant d'une créance, dont ce dernier serait redevable, et situés dans le champ de la compétence territoriale du tribunal ordonnant la saisie. Prétendre faire produire un effet dévolutif universel à la saisie à l'égard de tiers équivaut à confondre le débiteur saisi et le propre débiteur de celui-ci. C'est également, et surtout, faire supporter au tiers saisi un risque injuste de conflit potentiel de compétence juridictionnelle. Prenons le cas le plus fréquent de tiers saisi : la succursale de banque auprès de laquelle le débiteur aurait déposé des avoirs monétaires ou des titres. Un tribunal qui ordonnerait la saisie de ces avoirs peut légitimement exiger que son ordonnance soit exécutée dans l'espace juridictionnel où son ordonnance est exécutoire. Si la succursale dépositaire est localisée dans l'État où siège le tribunal, elle a l'obligation de respecter l'ordonnance de saisie sous peine de voir sa responsabilité civile engagée. En revanche, dès lors qu'elle serait établie dans un État où l'ordonnance de saisie n'est pas reconnue, elle ne peut se voir contrainte de donner effet à cette saisie. Une solution contraire l'exposerait à devoir payer deux fois le montant du dépôt : une première fois entre les mains du créancier saisissant par l'effet de la saisie étrangère, et une deuxième fois dans les mains du débiteur déposant qui pourrait obtenir de la juridiction du lieu de localisation de la succursale une ordonnance la sommant de lui restituer le montant du dépôt, le cas échéant majoré de dommages-intérêt si le refus de la succursale venait à occasionner pour le débiteur une perte avérée. L'ordonnance de saisie étrangère n'étant pas reconnue dans l'ordre juridique de l'État où est établie la succursale dépositaire, elle ne pèsera guère contre la réclamation du déposant de restitution de ses avoirs. Ce risque pour le tiers saisi pourrait d'ailleurs prendre une dimension pénale dans les pays qui protègent le secret

1. L'un des auteurs de cette chronique fut le rapporteur du projet de Résolution présenté par le Comité de droit monétaire international (MOCOMILA).

bancaire par des sanctions pénales. Déclarer des avoirs bancaires au nom du débiteur saisi à une autorité judiciaire étrangère en dehors des voies d'entraide judiciaire (inexistantes en matière de procédures conservatoires) rendrait en effet la succursale de banque, et ses employés, passibles de poursuites pénales.

4. Il est regrettable que cette conclusion de bon sens ne soit pas reconnue par tous les tribunaux. En France, par exemple, la Cour de cassation a donné à deux reprises un effet extraterritorial à une saisie-arrêt signifiée au siège de la banque dépositaire « peu important la localisation de ses succursales en France ou à l'étranger, puisque l'obligation de restituer lesdites sommes est juridiquement exigible à l'encontre de [la] personne morale »². Par ces arrêts considérant la situation du tiers-saisi sous le prisme du principe général de l'unicité de la personne morale, la Cour de cassation ignore à la fois la réalité de l'organisation des banques à réseau international ainsi que la jurisprudence française en matière de restitution des dépôts à l'étranger.

5. En effet, la banque à qui la saisie est signifiée ne dispose pas d'un accès instantané et direct aux données nominatives de l'ensemble des déposants auprès de ses succursales à l'étranger. Les nombreuses législations nationales promouvant un concept strict du secret bancaire empêchent un libre accès, universel et sans limite, à ces données. Pour répondre à une visée extraterritoriale de la saisie qui lui serait signifiée, le tiers saisi serait alors obligé de demander aux employés de ses succursales à l'étranger de déclarer les avoirs détenus au nom du débiteur saisi. D'où le conflit potentiel avec des lois de police locales.

6. Interrogée sur une problématique similaire qui s'était posée à propos de la responsabilité du siège dans la restitution par une banque des dépôts effectués auprès de ses succursales à l'étranger, la Cour de cassation avait pourtant pris en considération la loi du lieu où le dépôt avait été constitué et, par l'effet combiné de l'article 1943 du Code civil et des règles de rattachement en droit international privé, fait régir l'obligation de restitution des dépôts monétaires par la loi de la succursale étrangère dépositaire plutôt que la loi du siège³.

7. Une recherche sommaire en droit comparé ne nous a pas permis de trouver d'autres exemples de jurisprudence poussant à pareil extrême l'effet universel des mesures provisoires ou des voies d'exécution à l'encontre des tiers. À titre d'exemple, si la jurisprudence allemande ne reconnaît pas l'autonomie des succursales de banque à l'étranger, elle corrige quelque peu, par une application purement territoriale des saisies, les excès de la jurisprudence française. En effet, le Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung* (ZPO)) limite à son article 828(2) la

possibilité pour les tribunaux allemands d'ordonner des saisies aux seuls cas où soit le bien saisi soit le débiteur saisi sont situés en Allemagne. Dans les autres cas, les tribunaux allemands ne se reconnaîtront compétents pour connaître d'une demande de saisie sur les avoirs déposés auprès de succursales de banque à l'étranger que si l'établissement de crédit concerné a son siège social en Allemagne. Les succursales en Allemagne de banques étrangères, quant à elles, ne seront donc pas visées par une saisie pour ce qui concerne les biens du débiteur saisi déposés à l'étranger.

8. La jurisprudence anglo-américaine a toujours reconnu l'autonomie des succursales de banque et l'application exclusive de la loi de situation du dépôt bancaire pour régir les obligations du tiers saisi. L'arrêt de référence en droit anglais est *Societe Eram Shipping Co & Hong Kong & Shanghai Banking Corporation*⁴. Dans cette affaire, la banque tiers saisi avançait qu'en matière de saisie de soldes de comptes, ses succursales à l'étranger devaient être considérées comme des entités séparées sortant du champ de compétence juridictionnelle du tribunal anglais qui avait ordonné la saisie. Pragmatique, Lord Bingham, rendant l'arrêt au nom du *House of Lords*, indiqua que la Cour ne pouvait que rendre une décision ayant pour effet de libérer le tiers saisi de son obligation de restitution à l'égard du déposant au titre de la loi régissant le dépôt. S'agissant d'avoirs bancaires déposés auprès de la succursale de cette banque à Hong Kong, la Cour jugea que des arguments de principe, de courtoisie internationale (*comity*) et de convenance empêchaient de donner un effet extraterritorial à la saisie à l'égard du tiers saisi.

9. Allant plus loin, Lord Hoffmann (avec l'approbation de Lord Nicholls, Lord Hobhouse et Lord Millett), dans le même arrêt, rappela que l'effet d'une mesure d'exécution à l'égard d'un tiers saisi ne pouvait qu'être *in rem* et devait par conséquent se cantonner au lieu de situation du bien saisi. L'exécution d'un jugement étant un exercice du pouvoir de souveraineté, elle devait forcément être considérée, décida le juge, au regard du principe général de droit international selon lequel un État ne saurait empiéter sur la souveraineté d'un autre État en tentant de saisir des biens situés sur le territoire de cet État. Et, prophétique, de conclure que si « *the courts of one country in which a bank operates exercise no restraint about using their sovereign powers of compulsion in relation to accounts maintained with that bank at branches in other countries, conflict and chaos is likely to follow.* » Une saisie attribution ordonnée par un tribunal anglais et signifiée à une succursale de banque à Londres en tant que tiers saisi ne pouvait produire d'effet sur le compte du débiteur tenu par la succursale à Hong Kong de la même banque⁵.

10. En droit américain, une jurisprudence new-yorkaise et fédérale constante reconnaît l'autonomie des succur-

2. Civ. 2^e, 30 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.278, parmi de nombreux commentaires, voir J.-M. Delleci, « La déclaration des avoirs déposés chez une succursale étrangère », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, 2003, p. 179; *Com.* 30 mai 1985, *RCDIP* 1986, p. 329, Battifol.

3. TGI Paris, 8 mars 1985 et 12 mars 1985, *Banque* 1985, p. 409 et p. 523, obs. Rives-Lange. Sur cette question voir notre chronique n° 92, 2003, p. 67.

4. [2004] 1 AC 460.

5. Le substrat de l'arrêt *Eram* fut par la suite dans de nombreux arrêts, y compris par *House of Lords* dans *Kuwait Oil Tanker Co SAK c/ UBS AG* [2004] 1 AC 300.

sales de banques en matière de tenue de comptes. Dans l'arrêt *Cronan v. Schilling*, la Supreme Court de l'État de New York a décidé : « each branch of a bank is a separate entity, in no way concerned with accounts maintained by depositors in other branches or at the home office »⁶. Reprenant cette jurisprudence à leur compte, les tribunaux fédéraux ont noté que cette doctrine du « separate entity » était reconnue par les « courts throughout the country »⁷. Spécifiquement en matière de mesures conservatoires et de voies d'exécution, les tribunaux ont donné effet à la *separate entity rule* en localisant le compte de banque auprès de la succursale teneur du compte⁸.

11. L'arrêt *Koehler v. Bank of Bermuda Ltd* rendu par la Cour d'appel de New York⁹ ordonnant à une banque tiers saisi de payer au créancier les avoirs du débiteur déposés à l'étranger s'est révélé n'être qu'un incident de parcours, aujourd'hui réglé par un retour affirmé à la jurisprudence antérieure. L'affaire était un exemple patent de *forum shopping*. Un créancier domicilié en dehors de l'État de New York avait demandé au tribunal de New York d'exécuter un jugement rendu par les tribunaux fédéraux à l'encontre de son débiteur, lui-même domicilié en dehors de cet État, en ordonnant la saisie-attribution de titres détenus auprès de Bank of Bermuda Ltd. aux Bermudes. Le seul élément de rattachement avec l'État de New York était la présence d'une filiale de Bank of Bermuda qui n'avait aucun rapport avec le dépôt visé par l'ordonnance de saisie. Après dix ans de contentieux sur la compétence territoriale du tribunal, la banque accepta, aux termes d'un accord procédural, la compétence des juridictions new-yorkaises, ce qui permit à la Cour de rendre à la majorité d'une voix (4 juges sur 7) son ordonnance de saisie, sans pour autant dissuader la minorité du tribunal de rendre un avis dissident remarquablement motivé. L'arrêt *Koehler* est aujourd'hui dépassé par plusieurs arrêts d'État et fédéraux affirmant sans ambiguïté l'effet strictement territorial de la saisie en application de la *separate entity rule*¹⁰.

12. En Italie, un cas unique est recensé où la Cour de cassation a reconnu un effet exclusivement territorial à la saisie par application du « principe général de l'effet territorial de la souveraineté de l'État dont le pouvoir judiciaire en est l'expression »¹¹.

13. **L'autonomie des succursales de banque à l'étranger – aperçu de droit européen et international.** Il n'y a pas qu'en matière de saisies et de leurs effets à l'égard des tiers que l'autonomie des succursales de banque à l'étranger

est reconnue ; c'est le cas dans la quasi-totalité des législations organisant le secteur bancaire et ses activités. Ainsi, la Directive 2001/24/EC concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit reconnaît le principe d'universalité de la faillite en dotant l'État du siège du pouvoir d'organiser la procédure d'insolvabilité de l'établissement de crédit y compris sur ses succursales situées dans d'autres États membres, mais prévoit un certain nombre d'exceptions en ce qui concerne les droits réels portant sur des biens situés dans d'autres pays membres : la loi nationale de ces pays régira ces droits en tant que loi du lieu de situation du bien. Quant à la Directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, elle mentionne également que les succursales peuvent avoir accès à un refinancement séparément de leur siège. La Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière et la Directive 1998/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres se réfèrent également au lieu où le compte pertinent est localisé. S'il est vrai que ces deux textes ne se réfèrent pas explicitement à l'autonomie de la succursale dépositaire, la seconde consultation sur le projet de Directive CE sur la certitude juridique de la détention et des transactions (Directive sur le Droit des Titres – DDT) se réfère bien à ce principe.

14. À l'échelle internationale, les articles 1 et 4 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire visent le critère d'« établissement », qui correspond en fait à une succursale. Mentionnons enfin les règles de la Chambre de commerce internationale qui reconnaissent aux succursales de banque situées dans des pays différents la capacité de prendre des engagements distincts dans une chaîne de crédits documentaires ou de garanties autonomes¹². Tous ces exemples sont reconnus par les législateurs comme une exception au principe général de l'unicité de la personne morale, rendue nécessaire par le contexte spécifique dans lequel l'exception territoriale s'impose au profit de la succursale titulaire de l'activité pertinente, ici en tant que teneur de compte.

15. **La Résolution.** C'est ce principe qu'affirme de manière éclatante la nouvelle Résolution. Visant d'abord la spécificité du rôle de la banque dépositaire comme tiers saisi et la différence de ce rôle avec celui du débiteur, se référant ensuite à la divergence entre les juridictions nationales quant à l'effet de leurs mesures conservatoires ou voies d'exécution à l'égard des succursales de banque à l'étranger et l'incertitude juridique ainsi créée, la Résolution reconnaît explicitement la doctrine de l'autonomie des succursales de banque situées dans des pays différents (*Separate entity doctrine*) en matière de mesures conservatoires et de voies d'exécution. Ce faisant, la Résolution vise le principe de droit monétaire international de loca-

6. 100 N.Y.S.2d 474, 476 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 1950), aff'd 282 A.D. 940 (1st Dep't. 1953).

7. *Fid Partners, Inc. v. Philippine Exp. & Foreign Loan Guarantee Corp.*, 921 F. Supp. 1113, 1119 (S.D.N.Y. 1996).

8. *Newtown Jackson Co. v. Animashuan*, 148 N.Y.S.2d 66, 67 (Sup. Ct. N.Y. Cnty 1955) (« [I]n a bank having many branches in diverse countries, an attachment of an account of deposit is valid only when made against the branch in which the account is held »).

9. 12 N.Y.3d 533, 541 (2009).

10. *Samsun Logix Corp. v. Bank of China, et al.*, n° 105262/10, 2011 WL 1844061, *8, 2011 N.Y. Misc. LEXIS 2268 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 2011) ; *Parbulk II AS v. Heritage Maritime SA, et al.*, Index n° 651285/2011 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 7 juin 2011) ; et, plus récemment, *Shaheen Sports et al. v. Asia Insurance Company et Tahir Hamid v. Habib Bank Limited and National Bank of Pakistan*, 98 – cv – 5951 et 11 – cv – 920.

11. Arrêt 5837 du 5 novembre 1981.

12. Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (Publ. ICC n° 600), article 3, et Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, (Publ. ICC n° 758), article 3(a), voir G. Affaki et R. Goode, « A Guide to Uniform Rules for Demand Guarantees », 2011, ICC Publ. *passim*.

lisation des comptes de banque auprès de la succursale teneur du compte, et affirme :

- (1) une succursale de banque ne peut être considérée comme ayant la garde ou le contrôle de biens déposés auprès d'une autre succursale ou du siège à l'étranger ; et
- (2) les tribunaux ne devraient pas faire produire à leurs mesures conservatoires ou voies d'exécution des effets *in rem* à l'égard des avoirs déposés auprès de succursales de banque situées à l'étranger.

16. **Ce que la Résolution ne dit pas.** Lors des travaux préparatoires du Comité de droit monétaire international, les régulateurs bancaires et agences gouvernementales chargées de combattre la criminalité et le blanchiment ont exprimé leur inquiétude de voir la résolution interprétée comme limitant leur pouvoir d'enquête à l'encontre du réseau international d'une banque dont le siège ou une succursale seraient situés dans leur juridiction territoriale. Bien qu'il existe de multiples traités d'entraide judiciaire ou d'accords entre régulateurs qui épargneraient aux banques à réseau international d'avoir à traiter directement d'enquêtes étrangères, on sait que la réalité est autre. La Résolution a sagement choisi d'éviter ce débat étranger à ses motifs et a préféré écarter dans son article 1.2 son application aux actions des régulateurs et aux enquêtes en matière criminelle.

17. Bien que la Résolution ne l'indique pas explicitement, il va de soi qu'elle ne limite pas l'effet des conventions souscrites par le siège à l'égard de l'ensemble de ses

succursales sauf exclusion explicite¹³. C'est le cas notamment de l'effet des conventions de droit applicable et celles relatives à la juridiction compétente, dont les clauses compromissoires. Il s'agit là d'une application élémentaire du principe général de l'unicité de la personne morale qui ne peut être remis en cause par la Résolution.

18. **Conclusion.** La visée extraterritoriale de la saisie pose de sérieux problèmes aux banques tiers saisis et remet en cause la certitude juridique de leurs opérations. En effet, elle est susceptible d'engendrer une compétence concurrente de multiples juridictions à l'encontre d'un même bien avec, en corollaire, le risque de décisions irréconciliables. Le tribunal enjoignant à une banque de payer au créancier saisissant le solde du compte du débiteur tenu auprès d'une succursale à l'étranger peut voir son ordonnance entrer en conflit avec une décision du tribunal du lieu de la succursale qui tient le compte ordonnant à cette succursale de restituer le solde du compte au déposant ou l'attribuant à un autre créancier réalisant son nantissement sur ce solde. La banque dépositaire se retrouve *in fine* exposée au risque d'avoir à payer au créancier saisissant la dette du débiteur saisi, sans pouvoir se faire rembourser, voire à un risque pénal lié à la divulgation de données confidentielles dans le cadre d'une procédure judiciaire étrangère. La nouvelle Résolution de l'Association de droit international vient mettre terme à cette injustice.

13. Sur le *ring-fencing* des succursales de banque, voir G. Affaki et J. Stoufflet, chronique de droit bancaire international, *Banque & Droit* n° 92, 2003, p. 67.

RESOLUTION No 3/2012

COMMITTEE ON INTERNATIONAL MONETARY LAW

PRINCIPLES OF JURISDICTION OVER FOREIGN BANK BRANCHES IN THE MATTER OF EXTRATERRITORIAL ATTACHMENT AND TURNOVER

The 75th Conference of the International Law Association held in Sofia, Bulgaria, 26 to 30 August 2012:

RECOGNISING that banks engaged in international commerce will inevitably become third-party garnishees in disputes and claims for compensation, particularly in contract, delict or restitution, across national borders; **CONSIDERING** that courts in different national jurisdictions take varying approaches to the issue of whether and under what circumstances a bank's office, branch or agency in one state's jurisdiction may be liable for property held within one of its offices, branches, or agencies in another state's jurisdiction;

ACKNOWLEDGING that the "separate entity doctrine" is an established and longstanding doctrine which applies in the context of private enforcement actions and contemplates that each office, branch or agency of a bank is treated as a separate entity, particularly for situating deposit accounts or determining the place of payment of debts, and is therefore not considered to be in possession, custody or control of property maintained by depositors in other offices, branches or agencies, or at the home office;

FURTHER ACKNOWLEDGING that the widely accepted international monetary law principle of localisation of debts, also referred to as the doctrine of territoriality, similarly holds that such an asset should (subject to an agreement to the contrary) be treated as situated at the place of the bank office, branch or agency where the account is located;

WHEREAS in most jurisdictions, an order of restraint, attachment, garnishment or turnover is one in which a court permits the remedy for collection of property owed by a debtor to a creditor by reaching such property when it is in the possession of a third-party, either by requiring the third party to turn such property over to the creditor or by restraining such property in advance of the enforcement of a judgment against the debtor;

NOTING that the separate entity doctrine, the doctrine of territoriality, and general principles of private international law should prevent a court in one state's jurisdiction from issuing an absolute or worldwide order for a bank's office, branch or agency in another state's jurisdiction to garnish or turn over assets in circumstances where a garnishee will continue to be exposed to a risk of liability for the same debt by a foreign court of competent jurisdiction;

FURTHER RECOGNISING that the enforcement of extraterritorial turnover orders would potentially: (i) expose banks to liability in multiple jurisdictions, (ii) cause the violation of various national laws and regulations as banks seek to comply with orders to garnish property outside the borders of any given state, and (iii) cause banks to become subject to potentially inconsistent and contradictory judicial rulings by courts in different states concerning the same property;

ADOPTS the following Principles:

SCOPE:

1.1 These Principles are concerned with the particular rules of jurisdiction that are distinctive to banks which, as third-party garnishees or the equivalent, are asked by the courts of one state to attach or garnish property located in branches, offices or agencies in another state's jurisdiction.

1.2 These Principles are meant to apply to private enforcement actions and not to affect or limit the scope of the enforcement jurisdiction or power of relevant regulatory agencies or public law enforcement bodies.

1.3 These Principles do not negate or contravene any of the recommendations in the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Creating a European Account Preservation Order.

JURISDICTION:

2.1 In the context of proceedings for the enforcement of a foreign judgment or arbitral award, a bank's offices, branches, agencies and other establishments are generally to be treated as separate entities which do not have possession, custody or control of property maintained by depositors in offices, branches or agencies or at the home office in another state.

2.2 In furtherance of this principle, in the context of proceedings for the enforcement of a foreign judgment or arbitral award, a bank should not be ordered by the courts of one state to garnish or turn over property located in an office, branch, agency or subsidiary that is outside the territorial jurisdiction of the court issuing such order of restraint, attachment, garnishment or turnover.

■ JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Compte bancaire ouvert par une représentation diplomatique étrangère – Saisie – Immunité d'exécution – Conditions.

Cass. civ. 1^{re}, 28 septembre 2011 n° 09-72057.

1. Une société NML Capital Ltd avait acquis sur le marché obligataire de la bourse de New York des obligations émises par la République Argentine. À la demande de cette société, une juridiction new yorkaise condamne la République Argentine au paiement d'une certaine somme due sur le fondement de ces obligations. Pour assurer l'exécution de la condamnation, la société fait pratiquer une saisie conservatoire sur des comptes bancaires ouverts en France par l'ambassade d'Argentine et par la délégation permanente d'Argentine auprès d'une institution internationale ayant son siège en France. La République Argentine, son ambassade et sa délégation permanente demandent au Tribunal de grande instance de Paris la mainlevée de la saisie en se fondant sur le principe d'immunité d'exécution des états étrangers. Le tribunal fait droit à la demande argentine et la Cour d'appel confirme cette décision par un arrêt du 1^{er} octobre 2009 (Juris-Data

n° 2009-021026). Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la Société NML Capital Ltd. La Cour juge que la République Argentine et ses représentations diplomatiques en France se sont prévaluées à bon droit de l'immunité d'exécution reconnue par la loi du 9 juillet 1991, par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et par le droit international coutumier. L'arrêt est intéressant, non seulement parce qu'il confirme le principe de l'immunité dont il rappelle les conditions d'application – remplies en l'espèce – mais aussi à raison d'un élément spécifique sur lequel la société saisissante s'était habilement fondée pour contester l'immunité, à savoir une clause de renonciation au bénéfice de cette immunité insérée dans le contrat d'émission des obligations litigieuses.

2. Le principe de l'immunité diplomatique est reconnu par le droit international coutumier que l'article 38 § 1 b) du statut de la Cour Internationale de Justice définit ainsi : « une pratique générale acceptée comme étant le droit ». La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, signée et ratifiée par la France (texte publié par D.71-284 du 29 mars 1971) confirme ce principe en son article 31 § 3 aux termes duquel : « aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard d'un agent diplomatique ». Par voie de conséquence, il est admis que ne peuvent être

saisies des sommes déposées dans un établissement de crédit par un agent diplomatique ou, plus largement, de sommes destinées à l'exécution de la mission d'une représentation diplomatique.

3. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir fait application de ce principe ce qui suffirait à rendre son arrêt digne de commentaire car la jurisprudence sur cette question est peu abondante. Toutefois la Cour n'avait jamais eu l'occasion de préciser complètement la portée de l'immunité. L'arrêt du 28 septembre 2011 est à cet égard très éclairant. Étant destinée à permettre l'exécution des activités entrant dans la mission du personnel diplomatique, l'insaisissabilité trouve ses limites dans la définition de cette mission. La solution est très généralement admise. Reste la question de la preuve. L'arrêt y apporte une réponse claire qui est en cohérence parfaite avec le but de l'immunité : « [...] l'arrêt attaqué retient exactement, d'abord que les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique, puis que les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale » Cette présomption est capitale. Elle permet de résoudre le conflit qui, comme en l'espèce, naît entre le saisissant et l'état étranger en ce qui concerne l'affectation de fonds objets d'une saisie. Elle permet, de surcroît, aux banques sollicitées d'ouvrir un compte à une représentation diplomatique étrangère de limiter les investigations relatives à l'affectation des fonds déposés. Ce type de recherche serait, à l'évidence, délicat.

4. Convenait-il de prendre en compte le fait que la saisie litigieuse était une saisie conservatoire ? Il n'existe aucune raison de traiter différemment au regard de l'immunité diplomatique les procédures conservatoires et les procédures d'exécution. Ces procédures sont, l'une comme l'autre, de nature à entraver l'exécution de la mission diplomatique. Au demeurant, la loi française exclut à cet égard toute distinction entre les deux formes de saisie. L'article 1^{er}, alinéa final de la loi du 9 juillet auquel se réfère d'ailleurs l'arrêt commenté, énonce que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Cette formule est reprise à l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution applicable à compter du 1^{er} juin 2012 (Ord. n° 2011-1895, 19 mars 2011).

5. L'arrêt rappelle, enfin, que même si toutes les conditions ci-dessus sont remplies, la saisie reste possible si l'état étranger a renoncé à l'immunité. Toutefois, la renonciation n'est efficace que si elle est « particulière et expresse ». Tel n'était pas le cas, selon les juges du fond, de la clause dont se prévalait la société saisissante. La clause de renonciation ne figurait que dans certains des contrats d'émission des obligations litigieuses et elle ne visait que les saisies ordonnées par les tribunaux argentins. Elle était donc inopérante dans une procédure d'exécution engagée en France.

■ JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Supreme Court of England and Wales, 29 février 2012 [2012] UKSC6 – On appeal from [2010] EWCA Civ 917.

Remboursement par une banque en difficulté des fonds détenus pour des clients. Jugement de la UK Supreme Court dans le cas Lehman's Brothers.

1. Ce jugement qui a pour objet l'affectation de fonds reçus en dépôt par Lehman Brothers International (Europe) (« LBIE »), prestataire de services financiers incorporé en Angleterre, était attendu avec impatience par les déposants et les autorités chargées de la liquidation du Groupe Lehman Brothers. Il présente aussi un intérêt au plan des principes, non seulement au regard du droit anglais, mais aussi des autres droits de l'EEE, du fait que les solutions apportées aux questions soumises à la Cour, si elles mettent en œuvre une technique juridique anglaise, celle du trust et, plus précisément, du statutory trust, ont pour fondement deux directives européennes auxquelles le jugement fait de larges références.

2. Les liquidités détenues par LBIE ne représentaient que la moitié des sommes reçues de déposants. La question se posait de savoir sur quelles bases les administrateurs de la procédure d'insolvabilité devaient déterminer les droits de chacun des déposants. Le premier juge s'était fondé sur les « client money rules » et les « client money distribution rules » figurant au chapitre 7 du « Client Assets Sourcebook » (CASS 7). Ce texte réglementaire, émis par la « Financial Services Authority for the safeguarding and distribution on client money » fait application du « Financial Services and Markets Act » 2000 qui assure la transposition de la directive MIF 2004/39/CE du 21 avril 2004. Cette directive a été complétée par une directive 2006/73/CE portant les mesures d'exécution de la directive MIF.

3. La règle essentielle se dégageant de ces instruments en ce qui concerne les dépôts des clients est l'obligation imposée par CASS 7 aux prestataires de services d'investissement d'isoler les sommes qu'ils reçoivent de clients ou détiennent pour leurs clients à l'occasion d'activités relevant de la directive 2004/39/CE. Ils sont tenus d'enregistrer ces sommes dans un compte de client de telle sorte qu'il n'y ait pas de confusion avec les fonds propres du prestataire.

4. Toutefois, selon le droit anglais, pour isoler les sommes appartenant aux clients, la simple tenue d'un compte spécial ne suffit pas. La constitution d'un trust est nécessaire. Aussi bien CASS 7 institue-t-il pour l'isolation des sommes appartenant aux clients un « statutory trust ». Le jugement commenté souligne que ce type de trust qui n'exige aucune formalité protège les fonds iso-

lés des revendications des propres créanciers du prestataire en cas d'insolvabilité de celui-ci. Il permet aussi aux administrateurs de la procédure d'insolvabilité de restituer aux clients les sommes leur appartenant¹⁴.

5. Les principes de base ci-dessus sont rappelés et détaillés dans le jugement. Leur mise en œuvre dans les circonstances de l'espèce soulevait, toutefois, de sérieuses difficultés auxquelles la Cour apporte des solutions. Elle était saisie de trois questions.

6. *Première question : à quelle date le « statutory trust » opère-t-il ?* Deux dates peuvent être envisagées : celle de la remise des fonds au prestataire et celle où celui-ci a effectivement isolé les fonds reçus de ou pour le client. À l'unanimité la Cour se prononce en faveur de la première solution qui avait été retenue par le premier juge. La justification est qu'il serait peu rationnel que ces fonds soient d'abord acquis par le prestataire qui les reçoit puis ensuite retransmis au client et qu'une solution contraire aurait été contraire à l'objectif de protection du client.

7. *Deuxième question : des fonds appartenant à un client non inclus dans le compte spécial précédemment ouvert sont-ils couverts par le statutory trust ?* Le premier juge avait répondu négativement en se fondant sur la rédaction de CASS 7 qui comporte la formule « all the client money » pour définir la portée de l'obligation imposée au prestataire d'isoler les fonds déposés. Il en avait été déduit que le droit de propriété du client n'était reconnu que dans la mesure où une somme a été effectivement isolée par l'inscription à un compte spécial. La *Supreme Court* juge, au contraire, que le trust couvre l'intégralité des sommes versées par ou pour un client, même la part qui n'aurait pas été enregistrée au compte spécial. Il en résulte qu'il est nécessaire d'identifier, non seulement les fonds du client se trouvant sur des comptes spéciaux mais aussi ceux se trouvant sur un compte « in-house » ce qui entraîne des difficultés de traçabilité. Cette solution est donc complexe : elle entraînera également des délais supplémentaires pour le remboursement des clients. Cependant, elle est justifiée par l'objectif de protection des clients : son étendue ne peut dépendre du respect par la banque de son obligation de ségréguer les fonds du client déposant.

En outre, des incertitudes demeurent. Si une banque reçoit des fonds d'un client et que plus tard, une partie de ces fonds est due par cette dernière, la banque est-elle soumise à cette obligation de ségrégation ? L'arrêt commenté n'apporte aucune réponse et c'est bien regrettable.

8. *Troisième question : la participation d'un client au partage des fonds enregistrés dans le compte spécial est-elle subordonnée à l'inclusion préalable des fonds appartenant à ce client dans le compte spécial ?* Il pourrait sembler évident que la réponse est affirmative. Pourtant la *Supreme Court* a décidé à la

majorité de ses membres que la participation préalable au pooling n'est pas requise pour qu'un créancier reçoive une part des fonds détenus dans le compte spécial. La solution est justifiée par la nécessité de protéger l'ensemble des clients de la banque insolvable.

En permettant, ainsi, à l'ensemble des clients de participer au partage des fonds, la solution préconisée par la Cour réduit le montant que chacun d'eux recevra à l'issu dudit partage. Cette solution est donc particulièrement défavorable pour les clients dont les fonds sont ségrégués.

■ PRATIQUE BANCAIRE INTERNATIONALE

De quelques aspects juridiques liés à la menace de blocus du Détroit d'Ormuz¹⁵

1. **Un passage stratégique.** Le détroit d'Ormuz constitue, depuis des siècles, un enjeu stratégique pour l'accès au Golfe arabo-persique, espace maritime renfermant les champs pétrolifères et gaziers les plus importants au monde. Près de 17 millions de barils de pétrole y transitent chaque jour.

2. **Des menaces de fermeture.** Dans une région politiquement instable, les menaces de fermeture du détroit sont régulièrement relayées dans la presse. Un tel événement aurait des conséquences non négligeables sur le commerce international et le financement maritime. On peut en effet s'interroger sur l'impact éventuel que pourrait avoir la fermeture du détroit d'Ormuz sur les financements accordés par les établissements bancaires à des intervenants des secteurs pétrolier et gazier et ceux du transport maritime ainsi impactés.

L'incidence de la fermeture du détroit sur les contrats de financement de navires

3. La survenance d'un événement empêchant l'affrèteur ou le fréteur d'exécuter leurs obligations au titre du contrat d'affrètement ne saurait en principe exonérer l'emprunteur de ses obligations de remboursement au titre du contrat de prêt, contrat distinct du contrat d'affrètement. Il serait par ailleurs inhabituel de rencontrer des cas où l'emprunteur serait autorisé, aux termes de la convention de crédit, à échapper à ses obligations de remboursement, ou toute autre obligation, envers les prêteurs en vertu d'un tel événement.

4. Bien au contraire, compte tenu de la structure de ce type de financements, la fermeture du détroit pourrait provoquer, du fait de l'impossibilité dans laquelle

14. Sur les *statutory trusts*, v. J-P Béraudo et J-M Tirard, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, *Academy et Finance*, Genève, 2006, n° 64.

15. Les auteurs expriment leur reconnaissance à M. Cédric Sinarinzi (HEC), à Stéphanie Lévi (BNP Paribas) et au cabinet d'avocats Watson, Farley & Williams pour leur contribution à cette chronique.

se trouverait le fréteur d'exécuter ses obligations, la suspension du paiement des loyers dus par l'affréteur ou la résiliation du contrat d'affrètement et engendrer, par suite, un défaut de paiement au titre du prêt. On peut imaginer en effet que l'emprunteur, privé de ses revenus, pourrait par exemple ne pas parvenir à trouver d'autres affréteurs pour exploiter le navire, dans un secteur perturbé par la fermeture du détroit, et ne plus pouvoir faire face à ses obligations de remboursement. Un tel défaut de paiement serait alors constitutif d'un cas de défaut permettant aux prêteurs de résilier le contrat et demander l'exigibilité anticipée du crédit. Les prêteurs pourraient également décider de réaliser les sûretés. S'agissant d'un financement d'actif, on rappellera que des sûretés liées à l'actif sont généralement demandées. Dans le cadre d'un financement de navires, on peut citer parmi les sûretés fréquemment requises par les prêteurs la cession des loyers, des indemnités d'assurance et celles de réquisition du navire ainsi que la constitution d'une hypothèque sur le navire. Le non-paiement des loyers ou la résiliation du contrat d'affrètement (traditionnellement régis par le droit anglais) pourraient avoir une incidence sur le contrat de prêt.

Le sort des contrats d'affrètement

5. Les contrats d'affrètement. Un contrat d'affrètement (*charter-party*) est un contrat conclu entre le fréteur (propriétaire d'un navire) et l'affréteur (le locataire du navire) dont l'objet est la mise à disposition du navire en contrepartie du paiement d'un fret (le loyer). Nous limiterons notre étude aux seuls affrètements à temps (*time charter-parties*)¹⁶, dans le cadre desquels le navire est donné en location pour une durée déterminée et doté d'un équipage complet au moment de la location. Le fréteur conserve la gestion nautique du navire et doit notamment assurer la parfaite navigabilité du navire, son entretien, et fournir un équipage qualifié. L'affréteur bénéficiera quant à lui de la gestion commerciale du navire en décidant de la cargaison et des ordres de voyage. Il supporte par ailleurs les frais d'exploitation du navire. Ces contrats peuvent être conclus à court terme comme à long terme.

6. L'incidence de la fermeture du détroit sur les obligations du fréteur. Le détroit d'Ormuz se trouvant être la seule voie maritime permettant l'accès ou la sortie du Golfe arabo-persique, le fréteur pourrait, en cas de blocus mis en place par un Etat au niveau du détroit, être empêché de mettre à disposition le navire au lieu indiqué au contrat ou ne pas pouvoir atteindre le port de chargement ou déchargement fixé par l'affréteur dès lors que le port désigné serait situé sur les côtes du Golfe arabo-persique

mais que le navire se trouverait à l'extérieur du Golfe (ou l'inverse) au moment de la fermeture du détroit. Dans un tel contexte, l'impossibilité pour le fréteur de remplir ses obligations au titre du contrat d'affrètement pourrait-elle affecter l'obligation de l'affréteur de payer les loyers ou entraîner la résiliation du contrat d'affrètement?

La force majeure, une théorie inexistante en droit anglais

7. En droit français, on sait que l'article 1148 du Code civil permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'être exonéré de sa responsabilité dès lors que l'inexécution de son obligation résulte d'un cas de force majeure¹⁷. En droit anglais, il n'existe pas à proprement parler de doctrine de la force majeure. La règle générale veut que les événements postérieurs à la conclusion du contrat rendant impossible l'exécution des prestations n'exonèrent pas le débiteur de son obligation à moins que les parties ne l'aient prévu au contrat¹⁸. Toutefois, des concepts proches¹⁹ ont pu être forgés au fil du temps.

8. Le concept de frustration²⁰. Au regard du droit anglais, un débiteur peut être déchargé de ses obligations si en raison d'un événement postérieur à la conclusion du contrat il lui devient impossible ou illégal d'exécuter de telles obligations ou si l'exécution de ses obligations en est rendue radicalement différente de ce qui était prévu initialement. Comme pour la force majeure en droit français, le fait que l'exécution par un débiteur de ses obligations soit devenue plus difficile ou onéreuse ne suffit pas pour invoquer la *frustration*. Néanmoins, aucune autre voie maritime ne permettant l'accès (ou la sortie) du Golfe arabo-persique, ce dernier point ne devrait pas faire obstacle à ce que le fréteur puisse exciper de la *frustration*. Tout dépendra de la longueur des retards ainsi causés dans l'exécution de ses obligations mais on notera que la *frustration* est difficile à prouver devant les tribunaux. Toutefois, une fois prouvée, elle entraîne la résiliation du contrat de plein droit et décharge les parties de toute obligation postérieure à l'événement en cause.

9. La *frustration* ne peut cependant aboutir dès lors que l'événement en cause et ses conséquences auraient été prévus par les parties. Or, plusieurs clauses insérées de manière usuelle dans les contrats d'affrètement pourraient, sous réserve de leur rédaction et des circonstances dans lesquelles la fermeture du détroit aurait lieu, couvrir une telle hypothèse.

16. À côté des affrètements à temps, il existe d'autres types d'affrètement tels que :

- les affrètements *coque nue* : le navire est mis à disposition sans armement ni équipage ou avec équipage incomplet ; l'affréteur détient à la fois la gestion nautique et commerciale du navire ;
- ou les affrètements au voyage : le navire est mis à disposition pour un ou plusieurs voyages et le fréteur conserve à la fois la gestion nautique et commerciale du navire.

17. Événement devant, selon la jurisprudence traditionnelle, présenter un caractère imprévisible, irrésistible et extérieur au débiteur de l'obligation. Sur ce dernier critère, on rappellera toutefois sa remise en cause par une frange de la doctrine à la suite de deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 14 avril 2006 (D. 2006, p. 1577, note P. Jourdain., *Dret patrimoine*, oct. 2006, p. 99, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Deffrénois* 2006. 1212, obs. E. Savaux).

18. Ugo Draetta et Ralph Lake, *Contrats internationaux. Pathologie et remèdes*, Ed. Bruylant 1996, p. 93.

19. *V. Force Majeure and Frustration of Contract* (E. McKendrick, ed. 1991).

20. La doctrine de la *frustration* est apparue au milieu du XIX^e siècle dans l'affaire *Taylor c/ Caldwell* ([1863] 3 B & S 826.) Voir : « L'exécution du contrat international », *Joly Pratique des contrats internationaux*, n° 42.

Les clauses de force majeure²¹

10. Il est fréquent que les parties prévoient contractuellement, aux termes d'une clause dite de force majeure (dont la rédaction peut présenter des formes diverses d'un contrat à l'autre), une liste d'événements dont la survenance exonèrera les parties de leur responsabilité pour toute inexécution de leurs obligations, pertes, dommages ou délais occasionnés en raison de la survenance de l'un des événements ainsi listés. Les clauses de force majeure insérées dans les contrats d'affrètement énumèrent fréquemment les événements suivants : guerre (déclarée ou non), actes de guerre, hostilités, rébellion, révolution, actes de terrorisme, insurrection, embargo, ou blocus. Dans l'hypothèse où une telle clause figurerait dans le contrat d'affrètement et sous réserve que les éléments de fait permettent de qualifier la fermeture du détroit comme acte de guerre ou blocus²², le fréteur pourrait alors exciper de la survenance de l'événement s'il ne pouvait livrer le navire au port convenu.

11. Les termes du contrat préciseront le cas échéant si le navire sera considéré pendant la durée de l'événement comme étant ou non hors location (*off-hire*). S'agissant des contrats d'affrètement à long terme, les parties conviennent fréquemment que lorsque le navire demeure utilisable et à la disposition de l'affréteur, ce dernier demeurera tenu de payer le fret. Le maintien du paiement des loyers est en ce cas normalement couplé avec une faculté de résiliation du contrat offerte à l'affréteur si l'événement venait à se prolonger au-delà d'une certaine période, calculée en nombre de jours consécutifs ou cumulés en fonction des contrats, qui correspond généralement à la période négociée par l'affréteur dans ses contrats de vente.

12. Dans le cadre de contrats à court terme, et en particulier ceux de type « Shelltime » plus favorables à l'affréteur, les clauses sont souvent plus restrictives et prennent plutôt la forme d'une clause d'« exception » (« exception provision »), moins détaillée qu'une clause de force majeure proprement dite.

Les clauses couvrant les risques de guerre

13. Les contrats d'affrètement prévoient souvent des clauses permettant aux parties d'adopter des moyens alternatifs d'exécution du contrat en cas de guerre ou d'un événement semblable à une guerre ou à des hostilités. C'est notamment le cas lorsque le port dans lequel la cargaison transportée par le navire doit être déchargée

est situé en zone de guerre. Le propriétaire du navire peut alors contractuellement être autorisé à décharger la cargaison dans une autre des zones dans lesquelles le navire est autorisé à naviguer au titre du contrat d'affrètement. Ce n'est qu'à défaut d'une solution de substitution que les parties pourront résilier le contrat²³.

14. Outre les clauses susmentionnées, il convient de souligner que certains contrats d'affrètement accordent un droit de résiliation aux parties en cas de survenance d'une guerre ou d'hostilités entre deux ou plusieurs pays listés par les parties.

15. Enfin, dans le cadre de menaces de fermeture du détroit et en fonction du degré des mesures prises par l'Etat en cause, on peut également rappeler que les contrats d'affrètements prévoient souvent la liste des pays dans lesquels l'affréteur est autorisé à naviguer et soumettent à l'accord préalable du fréteur l'entrée ou le maintien du navire dans une zone qui serait impliquée ou située dans un pays en état de guerre, dans laquelle des opérations de guerre, de blocus ou autres hostilités auraient lieu ou dans laquelle le navire risquerait de faire l'objet d'un acte hostile de la part d'une force belligérante. Le refus du fréteur n'est généralement permis que pour des motifs raisonnables. À cet égard, les parties prennent souvent le soin de préciser que le fréteur ne pourra refuser de donner son consentement lorsque l'affréteur parvient à fournir une police d'assurance émanant d'une institution respectable couvrant les risques liés à une telle zone, sauf à ce que son refus soit justifié par la volonté de sauvegarder le navire ou son équipage.

16. **Conclusion.** Au vu de la montée des tensions dans la région et des menaces répétées de fermeture du détroit d'Ormuz, les propriétaires de navire (et aux prêteurs cessionnaires des indemnités d'assurance) dont les navires transitent ponctuellement ou régulièrement par le détroit d'Ormuz seraient bien avisés de se montrer vigilants et d'interroger en tant que de besoin leurs assureurs afin de savoir si leur zone de navigation est couverte par la police d'assurance et si celle-ci demeurera en vigueur en cas de mise en œuvre de la menace de fermeture du détroit.

■ BRÈVES INTERNATIONALES

1. **Arabie Saoudite.** Le Royaume continue la modernisation de son système judiciaire. La plupart des banques opérant dans le pays ont eu à connaître du Comité de règlement des différends bancaires, juridiction spéciale organisée sous l'égide de la Banque centrale (SAMA) pour régler les différends entre banques ou entre celles-ci et leurs clients. Sa procédure et sa jurisprudence ouvertes en principe aux pratiques bancaires

21. On notera à toutes fins utiles que le droit français admet, à l'image du droit anglais, que les parties puissent contractuellement assimiler à des cas de force majeure des événements qui ne satisferaient pas aux critères requis par la jurisprudence (Cass. com. 8 juill. 1981 : Bull. civ. IV p. 247).

22. Pour être qualifiée de « blocus » (*blockade*) au sens du droit anglais, l'événement doit satisfaire aux deux conditions posées par la jurisprudence anglaise dans l'affaire *WJ Tatem Limited c/ Gamboa* ([1939] 1 KB 132) : l'acte doit (i) émaner d'un belligérant et (ii) être effectif. Cette dernière condition a été clairement soulignée dans l'affaire *Geipel c/ Smith* ([1872] LR 7 QB 404). Devront notamment être pris en compte, pour caractériser un tel critère, le nombre de navires impliqués dans la fermeture du détroit et leur positionnement.

23. Voir l'affaire *Golden Victory : Golden Strait Corporation c/ Nippon Yusen Kubishka Kaisha* [2007] UKHL 12.

internationales offraient une alternative intéressante au système judiciaire de droit commun réputé pour sa rigidité. D'où l'inquiétude née suite à une décision du Conseil des Doléances (*Board of Grievances*) de 2011 indiquant que les décisions du Comité de règlement des différends bancaires ne pouvaient bénéficier de l'exécution forcée des jugements car n'émanant pas d'un organe judiciaire. La réponse des autorités fut rapide. Dans un premier temps, un Ordre royal décida que les décisions du Comité sont définitives et non susceptibles d'appel auprès des tribunaux de droit commun sans autorisation royale²⁴. Un deuxième Ordre royal, en date du 1^{er} juillet 2012, réforma ensuite profondément l'organisation du Comité. Outre sa redénomination en « Comité des différends bancaires » visant à bannir tout malentendu quant à la nature exclusivement contentieuse de cette procédure²⁵, le Comité est désormais doté d'un champ de compétence élargi qui couvre à la fois les différends bancaires à titre principal (opérations de banque) et à titre accessoire, à condition que le différend ne tombe pas sous la juridiction d'un autre comité judiciaire²⁶. Ceci devrait permettre de lui soumettre également des différends liés aux financements bancaires islamiques qui, comme on le sait, prennent la forme d'opérations commerciales de vente et de location plutôt que de crédits bancaires traditionnels²⁷. Son organisation est elle-même modifiée par la création de plusieurs chambres dans chacune desquelles siègeront trois membres ayant une expérience en opérations de banque et dont l'un d'entre eux devra avoir un diplôme en *Chari'a*. Les membres du panel sont nommés par Ordre royal pour une durée de quatre ans. Les décisions sont rendues à la majorité et susceptibles d'appel dans un délai de 30 jours auprès du Comité d'appel pour les différends et infractions bancaires, nouvellement institué par l'Ordre royal. Les décisions du Comité d'appel sont définitives.

2. Parmi les changements importants dans la procédure du nouveau Comité des différends bancaires figure l'instauration d'une période de prescription quinquennale qui démarre à la date d'exigibilité de la créance impayée ou de la connaissance par le demandeur du fait qui sous-tend sa réclamation²⁸. Le Comité a cependant le pouvoir d'accepter des réclamations liées à des faits prescrits pour des motifs qu'il estimerait acceptables. Parmi les pouvoirs du Comité figurent, outre celui d'ordonner des mesures conservatoires, le gel des comptes bancaires du débiteur, qu'il s'agisse d'une banque ou de son client, de ses autres droits auprès de toute entité

gouvernementale, et de sa capacité à entrer en relation avec des entités gouvernementales ou d'autres banques, mais également celui d'ordonner l'interdiction de quitter le territoire. Il s'agit là d'un changement important comparé aux pouvoirs antérieurs du Comité qui étaient limités à la formulation de simples recommandations. Enfin, les décisions du Comité sont exécutoires et les services compétents de l'État sont sommés d'appuyer cette exécution si nécessaire.

3. **Russie.** La Cour suprême de Russie a rendu le 19 juin 2012 un arrêt (publié le 1^{er} septembre 2012) qui a surpris nombre de banques parties à des financements en Russie. L'arrêt invalide les clauses attributives de juridiction donnant à l'une des parties – généralement la banque – l'option unilatérale d'opter pour l'arbitrage, quand bien même elles seraient stipulées dans des contrats régis par une loi étrangère qui validerait ce type d'option, telle que le droit anglais. La Cour y voit une atteinte à l'égalité procédurale entre les parties et, partant, a invalidé cette clause pour violation de l'ordre public.

4. La validité des clauses optionnelles de juridiction a toujours été douteuse en droit russe. D'aucuns ont cru déceler dans un arrêt rendu par la Cour fédérale d'Arbitrazh de Moscou dans un litige opposant une banque à un emprunteur dans le cadre d'un contrat de crédit l'amorce d'une ouverture tendant à valider ces clauses²⁹. L'arrêt de la Cour suprême du 19 juin 2012 va clairement en sens contraire. L'incertitude qui en résulte transcende le seul sort de l'option du prêteur de recourir à l'arbitrage et pourrait porter sur l'intégralité de la clause de juridiction dans ses deux alternatives. En effet, une clause attribuant compétence aux tribunaux anglais et offrant au prêteur le choix d'opter pour l'arbitrage, désormais invalide, pourrait, si elle venait à être considérée nulle dans son intégralité, donner aux tribunaux russes une compétence par défaut en tant que juridiction du domicile du défendeur ou du lieu d'exécution du contrat. Un autre motif d'inquiétude porte sur le sort de sentences déjà rendues sur le fondement de ces clauses asymétriques de choix juridictionnel. Au vu de la conception extensive de l'ordre public prônée par les tribunaux russes et aboutissant fréquemment au rejet des demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères³⁰, il existe un risque que les sentences déjà rendues en application de telles clauses se voient refuser l'entrée dans l'espace juridique russe sur le fondement de l'article V(2)(b) de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Un raisonnement similaire pourrait être tenu à propos des jugements étrangers rendus sur le fondement de clauses de juridiction attribuant une

24. n° 8/729 du 10/7/1407 H.

25. Le terme « règlement » en arabe est également susceptible d'être interprété comme « conciliation ». D'où le doute sur la nature juridictionnelle du Comité.

26. Ainsi, les litiges liés aux effets de commerce relèvent de la compétence du Comité des effets de commerce.

27. G. Affaki, « L'accueil de la finance islamique en droit français – essai sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique*, J.-P. Laramée (ed.), Secure Finance, 2008.

28. Les règles applicables antérieurement imposaient une prescription décennale aux cautions (voir la décision du Comité n° 38/1423). Il n'est pas précisé si la nouvelle prescription bénéficie immédiatement aux cautions.

29. G. Affaki, « Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage », in *Liber Amicorum Serge Lazareff, Pédone*, 2011, et les références citées.

30. G. Affaki, « Le banquier et l'arbitrage », *Banque & Droit*, n° 93, 2004.

compétence optionnelle à un tribunal étranger alors que l'option d'arbitrage n'aurait pas été exercée. En attendant une clarification par la Cour sur sa nouvelle jurisprudence, les parties seront ainsi bien avisées d'éviter les clauses optionnelles de juridiction et de préférer une clause compromissoire ferme ou une clause attributive de juridiction en faveur d'un tribunal précis³¹. Et pour les contrats de crédit déjà conclus avec des clauses optionnelles de juridiction ? Il semblerait que certaines banques aient lancé une revue de leur documentation existante pour identifier celles présentant un risque d'invalidation et tenter d'obtenir la suppression par voie d'amendement de l'option asymétrique qui risque d'être invalidée. Il n'est toutefois pas certain que les emprunteurs, garants, ou autres membres d'un syndicat, soient toujours réceptifs aux arguments de bon sens derrière une telle initiative.

5. **Chambre de commerce internationale (CCI).** La Commission bancaire de la CCI tiendra sa prochaine réunion à Mexico City du 12 au 15 novembre 2012. Des

sujets particulièrement importants figurent sur son agenda. Outre les délibérations et adoption de nouveaux avis de la Commission en matière de crédits documentaires, garanties autonomes et encaissements qui rythment depuis près d'un demi-siècle la vie des acteurs du financement du commerce international, les nouvelles règles de *forfaiting* seront présentées au vote de l'assemblée en vue de leur adoption³². Un avant-projet des règles pour les *Bank Payment Obligations (BPO)* sera également présenté. Privilégiant la mise en corrélation par l'entremise d'une ou plusieurs banques des transmissions électroniques des ordres de paiements et des documents commerciaux dématérialisés envoyés par les parties à l'opération commerciale sous-jacente, le BPO, plus adapté au *supply chain finance*, garantit par un engagement bancaire irrévocable et autonome de paiement une sécurité identique à celle offerte par le crédit documentaire. Il est destiné à occuper à terme une place importante dans les services bancaires de paiement liés au commerce international, rivalisant potentiellement avec le crédit documentaire dont le coût et le taux de rejet pour irrégularités documentaires continuent de générer des débats sans fin. ■

31. Avec la mauvaise nouvelle portée par l'arrêt du 19 juin 2012 ici commenté vint une bonne nouvelle sous la forme d'un arrêt rendu par la même Cour le 26 juillet 2012 (n° VAS-6580/12) par lequel la Cour suprême a rejeté le pourvoi du défendeur russe tendant à rejeter la demande de reconnaissance d'un jugement anglais au motif qu'aucun traité de reconnaissance réciproque des jugements n'existe entre la Russie et l'Angleterre. La Cour s'est référée dans son arrêt à l'égard des jugements étrangers et à la courtoisie internationale qui font partie du système juridique russe.

32. G. Affaki et J. Stoufflet, *Chronique de droit bancaire international*, *Banque & Droit*, n° 136, mars-avril 2011.