Crédit documentaire et criminalité économique

Autor(en): **Gottrau, Nicolas de**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **61 (2003)**

Heft 3: **Lutte contre la criminalité économique : prévenir, détecter, réprimer**

PDF erstellt am: **24.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-141366

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

REVUE ÉCONOMIQUE ET SOCIALE, SEPTEMBRE 2003

CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET CRIMINALITÉ ÉCONOMIQUE

Nicolas de GOTTRAU
Docteur en droit, LL.M. (Duke)
Avocat aux Barreaux de Genève et de New York
Python Schifferli Peter & Associés, Genève
ndegottrau@psplaw.ch

1. Introduction

On dit souvent du crédit documentaire (ou accréditif)[1] qu'il est un «enfant de la méfiance». L'expression est fondée puisqu'en effet dans le commerce en général, et surtout dans le commerce international, l'acheteur veut être assuré de recevoir la marchandise s'il la paye, alors que le vendeur n'entend s'en défaire que s'il est assuré d'en obtenir le paiement. Comme les opérations d'exportation comportent pour les commerçants des risques accrus, en raison notamment du fait que les parties se connaissent souvent mal à cause de leur éloignement géographique et ont des difficultés à évaluer la capacité, voire la volonté de leur cocontractant d'exécuter ses engagements contractuels, le crédit documentaire fait intervenir des tiers indépendants et solvables, soit des banques, qui s'engagent à ne payer que si la marchandise a été expédiée. Le crédit documentaire a donc pour fonction essentielle de garantir à l'exportateur qu'il percevra, contre remise de certains documents attestant l'expédition des biens faisant l'objet du contrat de vente, le prix convenu, et à l'importateur qu'il ne devra payer les biens commandés que si ceux-ci lui ont bel et bien été envoyés dans les délais prescrits[2].

Dans la très grande majorité des opérations commerciales dans lesquelles les parties ont recours au crédit documentaire, celui-ci remplit efficacement son rôle de sûreté[3].

Ce mécanisme bien rôdé peut toutefois être détourné de son but, que ce soit dans le cadre de machinations frauduleuses commises à l'encontre d'intérêts individuels ou collectifs (ci-après 2). Se pose dès lors la question de savoir quels sont les moyens de protection des différentes parties à une opération de crédit documentaire pour se prémunir contre de telles fraudes (ci-après 3).

2. Typologie de la fraude

2.1. Fraudes commises au préjudice d'intérêts individuels

La fraude commise à l'encontre d'intérêts individuels (par opposition aux fraudes commises au préjudice d'intérêts collectifs dont le but tend au blanchiment d'argent ou au transfert occulte de capitaux) vise, pour son auteur, à obtenir une prestation sans fournir la sienne. Ce type de fraude peut revêtir de nombreuses formes, être commise par différents auteurs - agissant parfois de concert -, et porter préjudice à différentes victimes[4].

Le plus souvent, la fraude est le fait du *bénéficiaire*, qui essaye d'obtenir le paiement de la somme d'accréditif pour une prestation qu'il n'a pas - ou que très imparfaitement - fournie. Le bénéficiaire présente alors des documents faux ou falsifiés (*fraude matérielle*), ou remet des documents authentiques et formellement conformes mais qui documentent en réalité l'envoi de marchandises sans valeur ou avec une valeur tout à fait inférieure à celle prévue dans le rapport de valeur (*fraude intellectuelle*), étant précisé que le plus souvent les machinations frauduleuses du bénéficiaire consisteront en une combinaison de fraude matérielle et de fraude intellectuelle[5]. Dans ce cas de figure, la victime est alors le donneur d'ordre ou l'une des banques intervenantes (banque émettrice dans un crédit tripartite, ou banque correspondante dans un crédit quadripartite).

La fraude peut aussi être commise par le *bénéficiaire* et le *donneur d'ordre* agissant de connivence. Ceux-ci s'efforcent d'obtenir de la banque le paiement du montant d'accréditif alors que la transaction contractuelle de base pourra être totalement fictive. Le bénéficiaire présente généralement des documents en partie faux (ou falsifiés), et en partie authentiques mais dénués de sincérité, la valeur de la marchandise étant inexistante ou insignifiante par rapport à celle mentionnée sur les documents présentés. Comme le donneur d'ordre lève ces documents sans faire aucune réserve, il est pratiquement impossible à la banque de déceler le défaut de sincérité des documents. Bénéficiaire et donneur d'ordre se partagent ensuite les fonds obtenus de façon illicite de la banque.

Le fraudeur peut également être un *tiers*, par exemple le transporteur ou le commissionnaire-expéditeur de la marchandise qui falsifie - à l'insu du bénéficiaire - certains documents de transport, afin de masquer une défaillance dans l'exécution de son propre mandat. Le *tiers* peut aussi agir de connivence avec le *bénéficiaire* afin d'abuser les banques intervenantes.

Plus rarement, la fraude est le fait du *donneur d'ordre*, qui fait alors imprimer des crédits documentaires portant l'entête d'un établissement bancaire réel ou imaginaire; le bénéficiaire qui exporte ses marchandises contre de tels accréditifs n'en perçoit évidemment jamais le prix[6]. De telles fraudes ne peuvent être commises qu'au préjudice de bénéficiaires naïfs qui n'auront pas pris les précautions les plus élémentaires pour s'assurer de la réalité de l'accréditif ouvert en leur faveur; en effet, si la notification du crédit intervient par l'intermédiaire d'une banque sérieuse, ce type de fraude

n'a pratiquement aucune chance d'aboutir dès lors que les banques notificatrices ont précisément pour rôle de s'assurer de l'authenticité du crédit documentaire qu'elles notifient[7]. La victime d'une telle fraude est évidemment le bénéficiaire.

Enfin, la fraude peut, plus exceptionnellement encore, être commise par des employés ou des organes des *banques* intervenant dans l'opération de crédit documentaire, ou être rendue possible par la complicité de ces derniers.

2.2. Fraudes commises au préjudice d'intérêts collectifs

Le crédit documentaire peut également servir à la commission de fraudes visant des intérêts collectifs. L'objectif de telles fraudes n'est alors pas d'obtenir une prestation indue d'une des parties à l'opération d'accréditif, mais de permettre la réalisation d'une opération illicite telle que par exemple le recyclage d'argent sale ou le transfert occulte de capitaux.

L'accréditif est en effet parfois utilisé dans un but de *blanchiment d'argent*, afin de faire rentrer de l'argent sale dans le circuit économique légal. Le mécanisme utilisé est notamment le suivant: le donneur d'ordre, disposant d'argent sale, le dépose auprès d'un établissement bancaire d'un pays «complaisant» et fait émettre un crédit documentaire en faveur d'un bénéficiaire agissant de connivence avec lui. Le cas échéant, il fait intervenir une banque correspondante située dans un pays «sérieux». Le bénéficiaire présente des documents conformes en apparence, alors que l'opération commerciale de base est totalement fictive. Même si une divergence est décelée dans les documents, le donneur d'ordre donne instruction à la banque de réaliser l'accréditif. Une fois effectué le paiement de la somme d'accréditif au bénéficiaire, l'argent aura réintégré le circuit économique légal. Dans une telle hypothèse, le mécanisme frauduleux n'a donc pas pour but d'enrichir une partie aux dépens d'une autre, mais de blanchir de l'argent sale.

Le crédit documentaire peut également être utilisé pour permettre un *transfert occulte de capitaux*. Par exemple un acheteur/donneur d'ordre situé dans un pays à contrôle des changes strict émet en faveur d'un vendeur/bénéficiaire d'un pays sans contrôle des changes des crédits documentaires contenant une *red clause*, c'est-à-dire une disposition permettant au donneur d'ordre de faire une avance avant toute expédition de marchandises. L'avance est effectuée via les banques en vertu de la *red clause*; le vendeur n'exécute pas ses obligations, mais son obligation de remboursement ne joue pas car, entre-temps, il s'est mis en liquidation, voire en faillite. Les capitaux auront ainsi été transférés en contournant la réglementation de contrôle des changes du pays de l'importateur.

3. Moyens de protection contre la fraude visant des intérêts individuels

3.1. CCI et CNUDCI

Comment se protéger d'une fraude visant des intérêts individuels? La réponse à cette question varie évidemment selon la partie qui la pose. Pour la Chambre de Commerce Internationale (CCI) toutefois, la meilleure façon d'écarter les risques de fraude est ... d'éviter de traiter avec un fraudeur[8]. Le conseil fait sourire; il n'en est pas moins pertinent et vaut pour tous les intervenants à une opération de crédit documentaire. La *diligence* des parties, notamment *dans le choix des cocontractants*, est en effet primordiale[9].

La CCI ne définit pas la fraude ni ne prévoit de mécanisme de protection contre celle-ci dans ses *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500)*, au motif que ces dernières ne sauraient « en faire la police »[10]. Seuls les art. 7 et 15 RUU se réfèrent indirectement à la fraude: le premier pour imposer à la banque notificatrice d'« apporter un soin raisonnable à vérifier l'authenticité apparente du crédit » qu'elle doit notifier au bénéficiaire, afin d'éviter la fraude qui pourrait être commise par la remise d'un faux accréditif; le second pour prévoir que les banques n'assument aucune responsabilité notamment quant à « l'authenticité » ou à « la falsification » des documents qui lui sont remis, pas plus qu'elles ne peuvent être tenues responsables de « la quantité », de « la qualité » ou même de « l'existence » de la marchandise représentée par un document.

La CCI participe toutefois très activement à la lutte contre la fraude pouvant être commise dans le cadre d'opérations financées à l'aide de crédits documentaires. C'est ainsi qu'elle a créé en 1981 l'*International Maritime Bureau (IMB)*[11], qui a entre autres tâches d'authentifier les connaissements maritimes et documents suspects[12] et de «tracer» par satellite les navires supposés transporter les marchandises[13], puis en 1992 le *Commercial Crime Bureau (CCB)*[14] destiné à lutter contre les fraudes commerciales perpétrées notamment à l'aide de faux documents bancaires[15].

Un autre organisme international, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), s'est penché sur la question de la fraude en adoptant en 1995 la *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*[16], également applicable aux crédits documentaires si les parties déclarent expressément dans l'accréditif vouloir s'y soumettre (art. 1 al. 2). La fraude y est pour la première fois définie dans un texte conventionnel (art. 19). Plus encore, cette Convention prévoit que le donneur d'ordre a vocation à obtenir les mesures judiciaires provisoires prévues dans la Convention (art. 20). La portée de cette Convention, surtout en matière de crédit documentaire, reste cependant limitée à l'heure actuelle.

3.2. *Droit suisse*

On le voit, c'est dès lors principalement aux États qu'il appartient de régler, d'après leurs droits nationaux, la question de la fraude. Les solutions développées en droit suisse sont les suivantes:

Le premier moyen susceptible d'éviter la fraude est l'*examen documentaire* effectué par la banque désignée pour réaliser le crédit: il lui appartient d'examiner avec toute la diligence requise[17] les documents qui lui sont présentés afin de déterminer s'ils sont faux, falsifiés, voire incompatibles entre eux. Cet examen sera néanmoins succinct en raison du fait que la banque doit agir avec célérité[18] et s'en tenir, en vertu du principe de l'abstraction de l'accréditif, aux seuls documents[19] et à leur seule apparence de conformité[20]. Si la banque considère, à l'issue de cet examen, que les documents ne sont pas conformes en apparence avec les termes et conditions du crédit, elle pourra - et même devra - refuser son paiement[21] au motif que la condition suspensive grevant son engagement n'est pas réalisée. Si, en revanche, l'examen par la banque ne permet pas de déceler la fraude, ou si les documents sont conformes en apparence en dépit de leur défaut de sincérité voire d'authenticité, il sera encore possible au donneur d'ordre d'invoquer l'*objection de l'abus de droit* (art. 2 al. 2 CC) pour faire pièce à une situation frauduleuse dans laquelle la banque ne sera pas (ou plus) en mesure de simplement objecter la non-réalisation de la condition suspensive grevant son engagement, condition dont la fraude tente généralement de faire croire à la réalisation[22]. Si la fraude (et donc l'abus de droit) est manifeste et revêt une certaine importance, la créance en paiement du bénéficiaire ne constituera qu'un droit apparent, elle sera un non-droit.

Pour empêcher le paiement de la somme d'accréditif en cas de fraude du bénéficiaire, le donneur d'ordre pourra requérir des *mesures provisionnelles civiles*, qui pourront être dirigées contre le seul bénéficiaire, contre le bénéficiaire et visant la banque en tant que «tiers», contre la banque désignée (qu'elle soit banque émettrice, confirmatrice ou notificatrice domicile de paiement), ou encore contre le bénéficiaire et la banque[23].

Par ailleurs, le donneur d'ordre pourra, si la fraude du bénéficiaire revêt de surcroît un caractère pénal[24], également requérir des *mesures conservatoires pénales*, que ce soit pour demander la saisie des documents falsifiés, l'interdiction du paiement de la somme d'accréditif, ou encore la saisie du produit de l'infraction[25].

4. Conclusion

Les crédits documentaires sont nés du besoin de sécurité éprouvé par les parties; or, paradoxalement, c'est souvent le principe de l'abstraction[26], censé protéger l'acheteur et le vendeur, qui est le meilleur allié des fraudeurs, puisque le mécanisme de paiement est détaché du rapport de valeur, la banque désignée n'ayant pas à se soucier de l'exécution effective du contrat de base liant les parties et n'examinant que les documents qui lui sont présentés.

Faut-il dès lors considérer le crédit documentaire comme une instrument de paiement peu sûr? Il n'en est rien. En effet, dans l'immense majorité des opérations commerciales financées à l'aide d'un accréditif, celui-ci atteindra son but qui est de garantir tant au bénéficiaire qu'au donneur d'ordre qu'ils recevront la prestation convenue dans le rapport de valeur.

Cela étant, lorsqu'une fraude se produit, les conséquences peuvent en être très sérieuses pour les parties qui en sont victimes en raison des montants souvent importants qui sont en jeu dans les opérations commerciales sous-jacentes. Il est dès lors particulièrement important, pour chacun des intervenants dans un crédit documentaire, de faire preuve de la plus grande diligence possible.

NOTES

1 Sur le crédit documentaire en général, cf. les contributions récentes de Thomas Koller et Christa Kissling, «Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr», *in*: *Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs*, Berner Bankrechtstag 2000, W. Wiegand (Ed.), Berne 2000, pp. 23 ss [BBT, vol. 7]; Nicolas de Gottrau, *Le crédit documentaire et la fraude. La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, thèse, Bâle, Genève, Munich/ Bruxelles 1999 [Collection genevoise]; Theodor Bühler, *Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr - Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt*, Zurich 1997; Jürgen Dohm, *Crédit documentaire I et II, FJS*, no. 314 et 315, Genève 1993; et de Silvia Tevini Du Pasquier, *Le crédit documentaire en droit suisse - Droits et obligations de la banque mandataire et assignée*, thèse, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990 [Collection genevoise].

2 ATF 114 II 45, 48-49, JT 1988 I 383-384, SJ 1988 385, 388.

3 Et ce, notamment en raison du caractère abstrait de l'accréditif (art. 3 et 4 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, applicables dès le 1er janvier 1994 (RUU 500); art. 468 al. 1 CO); cf. à ce sujet Dohm (n. 1), FJS no. 314, pp. 10-11 et 19-22.

4 Sur la problématique de la fraude, cf. de Gottrau (n. 1), pp. 111 ss. Cf. aussi Khaled Kawan, «La fraude dans le crédit documentaire - Confusion ou cohésion?», *Revue de droit des affaires internationales/ International Business Law Review* (Paris) 1991, pp. 797 ss.

5 Ce faisant, le bénéficiaire pourra, cas échéant, réaliser les éléments constitutifs des infractions d'escroquerie (art. 146 al. 1 CP) et/ou de faux dans les titres (art. 110 ch. 5 et 251 ch. 1 CP); cf. à ce sujet de Gottrau (n. 1), pp. 299 ss.

6 Il existe des officines spécialisées, notamment au Nigeria, dans l'émission de faux crédits documentaires.

7 Art. 7 RUU.

8 «The way to avoid fraud is to avoid dealing with a rogue, rather than to deal with him and hope to prevent a fraud by a mass - or «mess» - of detail», *UCP 1974/1983 Revisions Compared and Explained. Documentary Credits*, ICC Publishing, Paris 1984, ICC publication no. 411, p. 15.

9 Sur les moyens à disposition des banques pour se prémunir contre les fraudes des bénéficiaires, cf. «Can banks protect themselves against buyers' frauds? Paul Todd reports», *Documentary credit insight, International Chamber of Commerce* (Paris), vol. 2, no. 4, 1996, pp. 15-16.

10 La prochaine révision des RUU, qui devrait aboutir en principe à fin 2005, ne traitera pas non plus de la fraude.

11 www.iccwbo.org/ccs/menu_imb_bureau.asp

12 L'IMB a notamment établi une *Due diligence check list* afin d'aider les banques à contrôler l'authenticité des connaissements qui leur sont soumis: www.iccwbo.org/ccs/news_archives/1999/cargo_frauds.asp

13 Il s'agit du programme SHIPLOC (www.shiploc.com).

14 www.iccwbo.org/ccs/menu_ccb_bureau.asp

15 L'IMB et le CCB collaborent étroitement avec d'autres organismes chargés de lutter contre la criminalité économique tels que

Interpol ou le F.B.I.

16 Entrée en vigueur le 1er janvier 2000 pour les rares pays ayant déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion (la Suisse n'en fait pas partie); cf. à ce sujet Alexander R. Markus, *UNO-Konvention über unabhängige Garantien und stand-by letters of credit. Die Arbeiten der UNCITRAL zum Thema Bankgarantierecht*, Zurich 1997 [Schweizer Schriften zum Bankrecht, vol. 46].

17 Conformément aux art. 13 a RUU et 398 al. 2 CO.

18 La banque ne dispose que d'un «délai raisonnable», n'excédant pas sept jours ouvrés suivant le jour de réception des documents (art. 13 b RUU) pour examiner les documents et décider de les accepter ou de les refuser (art. 14 c, d (i) et e RUU); cf., à ce sujet, Dohm (n. 1), FJS no. 314, pp. 15-16.

19 Cf. *supra* n. 3.

20 Art. 13 a et b RUU.

21 En respectant les exigences de l'art. 14 d RUU.

22 Sur les conditions d'application de l'objection d'abus de droit, cf. de Gottrau (n. 1), pp. 183 ss.

23 Sur les différents types de mesures provisionnelles, cf. de Gottrau (n. 1), pp. 365 ss; *idem*, «Crédit documentaire et garantie bancaire: fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties citées dans les mesures provisionnelles», *in*: *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, L. Thévenoz et C. Bovet (dir.), Berne 2002, pp. 90 ss.

24 Cf. à ce sujet *supra* n. 5.

25 Cf. de Gottrau (n. 1), pp. 473 ss.

26 Cf. *supra* n. 3.