

Herstaliennne pour la Finance, l'Industrie et le Commerce, en abrégé Her-Fic, seront productives d'intérêts au taux d'intervention inférieur numéro 1 de la Banque Nationale de Belgique (ou son équivalent en euros), en vigueur deux jours avant la libération de chacune des garanties, et ce sur le solde

crédeur du compte;

Dit pour droit que ces intérêts, échus à la date du 14 janvier 2003, porteront à leur tour intérêt au même taux;

(...)

Observations

1. Un appel a été interjeté à l'encontre de cette décision.

2. Il arrive fréquemment qu'une banque sollicitée d'ouvrir un crédit documentaire irrévocable ou d'émettre une garantie payable à première demande subordonne son engagement au versement par le donneur d'ordre d'une provision. Le montant de cette provision qui correspond généralement au montant du crédit ou de la garantie est versé au crédit d'un compte interne de la banque intitulé compte provision.

Cette opération est susceptible de différentes interprétations juridiques.

On peut y voir le paiement anticipé³ des sommes dues à la banque par le donneur d'ordre en cas d'exécution du crédit documentaire ou de la garantie.

Cette conception se concilie toutefois mal avec l'élément d'incertitude intrinsèque à ce type d'engagements: la dette du donneur d'ordre envers la banque n'est en effet qu'une dette future et éventuelle dont la naissance dépend d'un événement intrinsèque à la convention, à savoir l'appel au crédit documentaire ou à la garantie opéré par le bénéficiaire et le paiement exécuté par la banque.

Il semble difficilement concevable de payer, au sens technique du terme, une dette inexistante et incertaine au moment où le paiement est effectué⁴.

Par ailleurs, envisagé comme le paiement d'une dette non échue, le versement de la provision pourrait être critiqué par le curateur sur base de l'article 17, 2° de la loi sur les faillites – même si on peut rétorquer à ce niveau qu'il ne s'agit pas d'un paiement opéré avant le terme conventionnellement convenu puisque, au contraire, l'engagement du banquier est

dès la conclusion du crédit subordonné au paiement de la provision par le donneur d'ordre⁵.

On peut également considérer le compte sur lequel est versée la provision comme un compte gagé au profit de la banque.

Les incertitudes existant quant à la notion de gage d'espèces – gage "irrégulier" – ont longtemps fait hésiter à adopter une telle construction⁶.

Il était fait notamment observer, que le gage exige traditionnellement la remise d'une chose mobilière suffisamment individualisée, que le gage comporte normalement l'interdiction pour le créancier gagiste du droit d'usage de la chose gagée (disposition difficilement compatible avec la nature fongible des espèces) et que le gage était légalement assorti de l'interdiction, d'ordre public faite au créancier gagiste de s'approprier le bien nanti (disposition tout aussi incompatible avec la nature fongible des espèces).

Ces différentes objections sont écartées aujourd'hui par la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières⁷ laquelle non seulement "valide" le gage d'espèces⁸ mais autorise, "dans la mesure où les parties en sont convenues" le créancier à user de l'objet du gage⁹ et prévoit expressément que le créancier gagiste est autorisé en cas de défaut d'exécution par le débiteur – et à défaut de stipulation contraire – à réaliser l'objet du gage sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable¹⁰.

Dans la mesure où, par ailleurs, la constitution du gage et son opposabilité aux tiers¹¹ ne sont soumises à aucune formalité particulière, le gage étant valablement constitué dès que le créancier gagiste acquiert la possession ou le contrôle des avoirs remis en garantie¹², la sécurisation d'une émission de

³ Voy. notamment VAN MAELE, *Novelles. Droit bancaire*, v° *Ouverture de crédits*, n°s 221, 298 et s. et CLOQUET, *Novelles. Les concordats et les faillites*, n° 440.

⁴ Voy. notamment STOUFFLET, *Le crédit documentaire*, n° 169, p. 172 et BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, p. 144.

⁵ En ce sens VAN MAELE, *Novelles. Droit bancaire*, v° *Ouverture de crédits*, n° 300 et réf. cit.; CLOQUET, *Novelles. Les concordats et les faillites*, n° 440. VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial belge*, IV, n°s 2616 et s.

⁶ M.B. 1^{er} février 2005.

⁷ Définies à l'art. 3, 2° de la loi comme "les droits découlant de fonds portés en compte... ainsi que les créances similaires ouvrant le droit à la restitution d'argent".

⁸ L'art. 11 de la loi prévoit expressément cette possibilité à propos des instruments financiers donnés en gage mais il en va "a fortiori" de même pour les espèces par nature fongibles.

⁹ Une fois encore, l'art. 8 de la loi qui vise les instruments financiers vaut évidemment pour les espèces à caractère fongible.

¹⁰ La notification du gage reste nécessaire pour rendre celui-ci opposable au débiteur cédé (ce qui ne pose guère de problème en cas d'affectation engagée en faveur du banquier teneur de compte lui-même).

¹¹ Art. 4, 2) de la loi, "Il suffit d'établir la livraison effective, le transfert, la détention, l'enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le bénéficiaire de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle des avoirs remis en garantie".

garantie ou de crédit documentaire par un gage de compte ne devrait plus guère poser de problème.

Le versement d'une provision peut également apparaître comme le versement d'une somme d'argent – avec transfert de propriété – à titre de garantie.

La possibilité d'opérer, en dehors de la liste de privilèges établis par la loi et "au mépris" du principe d'égalité entre les créanciers, un transfert de propriété à titre de garantie a fait couler beaucoup d'encre¹³. La loi du 15 décembre 2004 lève également ces incertitudes en "validant", lorsqu'ils sont convenus avec des personnes morales¹⁴ "*les transferts de propriété d'instruments financiers ou d'espèces en vue de garantir des engagements, qui comprennent un engagement du cessionnaire de rétrocéder les instruments financiers ou les espèces cédés ou des instruments ou valeurs équivalents, sauf en cas d'inexécution totale ou partielle de l'engagement garanti*".

Encore faut-il que l'idée de versement à titre de garantie corresponde effectivement, dans les faits, à la volonté des parties. Si dans l'esprit de la convention le montant de la provision est affecté au paiement futur éventuel de la garantie ou du crédit documentaire, il n'y a pas, à proprement parler de dette du donneur d'ordre vis-à-vis de la banque devant faire l'objet d'une garantie: le donneur d'ordre n'a pas de dette de remboursement vis-à-vis de la banque puisque l'argent devant servir au paiement de la garantie ou du crédit documentaire est dès le départ mis à la disposition de cette dernière.

Dans l'espèce annotée, le tribunal de commerce de Liège, a cru pouvoir considérer que les fonds logés sur un compte provision se sont vu attribuer par les parties une affectation particulière en ce sens que la banque – titulaire du compte – "*le détient dans une qualité déterminée qui fait qu'un tel compte demeure séparé du patrimoine dudit titulaire*".

Cette position appelle certaines réserves.

Il convient bien entendu de tenir compte de la volonté des parties, laquelle relève du cas d'espèce.

Relevons toutefois que la pratique de l'affectation spéciale du crédit du compte provision à une opération déterminée n'est certainement pas de règle. Au contraire, il n'est pas rare en pratique que la banque comptabilise dans un même compte interne plusieurs provisions afférentes à des crédits documentaires distincts et émanant le cas échéant de différents donneurs d'ordre.

Il convient de rappeler par ailleurs, que la notion même de

"compte de qualité" fait l'objet de controverses¹⁵, en particulier en ce qui concerne la possibilité pour "l'ayant droit économique" ou pour des tiers de contester la "propriété apparente" du titulaire du compte et de revendiquer des droits sur les fonds concernés. Il est ainsi admis que l'ayant droit économique n'est pas créancier de la banque qui ne connaît que le titulaire du compte¹⁶ et qu'en cas de saisie-arrêt pratiquée par un créancier du titulaire d'un "compte de qualité", la banque traitera cette saisie à charge du seul titulaire du compte sans tenir compte des ayants droit économiques¹⁷. De même, en présence d'un escrow account – construction en vertu de laquelle des fonds sont transmis à un "escrowee" à charge pour lui de remettre ces fonds au bénéficiaire convenu lorsque certaines conditions contractuelles sont remplies – il est également admis que seuls les créanciers du ou des titulaires du compte peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur ce compte qui échappe par contre aux saisies pratiquées par les créanciers du bénéficiaire désigné tant que les conditions du transfert des fonds à ce dernier ne sont pas remplies¹⁸.

Enfin et surtout, il ne semble pas techniquement correct de considérer que la banque détient en l'espèce la provision pour compte d'un tiers.

La banque ne détient certainement pas la provision pour compte du bénéficiaire du crédit ou de la garantie, lequel ignore tout de la condition à laquelle la banque a, dans ses rapports avec son client donneur d'ordre, subordonné son engagement.

L'expérience démontre qu'en cas de faillite de la banque émettrice – la crise russe en a fourni des exemples récents – le fait que le donneur d'ordre ait provisionné le crédit où la garantie ne confère aucun privilège au bénéficiaire – ou à la banque confirmatrice – sur le montant de la provision.

C'est dans l'engagement personnel pris par la banque émettrice et seulement dans cet engagement que le bénéficiaire de la garantie ou du crédit documentaire puise ses droits. La relation de crédit entre le donneur d'ordre et la banque, relation dans laquelle s'inscrit l'émission de cet engagement personnel est totalement étrangère au bénéficiaire de même que lui sont étrangères les conditions auxquelles la banque soumet, le cas échéant, la dation de son crédit "de signature".

La banque ne détient pas davantage la provision pour compte du donneur d'ordre. Suivant la volonté des parties, la banque conditionne son engagement par le versement entre ses mains d'une provision. Cette provision est acquise à la banque. En "contrepartie", le donneur d'ordre acquiert une

¹³. Pour un résumé de cette saga aux multiples rebondissements, voy. notamment A. ZENNER et I. PEETERS, "L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours", *J.T.* 2004, n° 6158, pp. 865 et s. et n° 6159, pp. 881 et s.

¹⁴. Art. 12 § 4 de la loi.

¹⁵. Voy. notamment DIRIX et SAGAERT, *Liber Amicorum Marcel Storme*, *T.P.R.* 2004, 1: De kwaliteitsrekening herbezocht, n° 13.

¹⁶. M. STORME, "Van trust gespeend? – Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *T.P.R.* 1998, p. 779.

¹⁷. DIRIX et BROECKX, *Beslag*, *E.Story-Scientia*, 2001, n° 714; BUYLE, "Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat", in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 971, n° 18.

¹⁸. DIRIX et BROECKX, *Beslag, o.c.*, n° 715.

créance en restitution vis-à-vis de la banque, mais cette créance n'est qu'éventuelle¹⁹: elle suppose que le bénéficiaire n'utilise pas le crédit ou ne fasse pas appel à la garantie ou que la banque n'exécute pas son engagement vis-à-vis dudit bénéficiaire²⁰.

En l'espèce, le tribunal de commerce de Liège a cru pouvoir puiser le fondement juridique du compte provision par référence aux règles du mandat.

Il est admis que le mandataire n'a aucune obligation de faire l'avance des fonds nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut demander au mandant de lui fournir les moyens nécessaires à cet effet, à défaut de quoi le mandataire peut différer l'exécution du mandat²¹.

L'assimilation du rôle du banquier émetteur d'un crédit documentaire ou d'une garantie à première demande à celui d'un mandataire est, sur le plan juridique des plus discutables: le mandataire agit en lieu et place, au nom et pour compte du mandant, au contraire du banquier émetteur d'un crédit documentaire ou d'une garantie lequel contracte un engagement personnel envers le bénéficiaire. En outre, le contenu de l'engagement du banquier est déterminé par les seuls termes et conditions de la lettre de crédit ou de garantie qu'il a émise et est totalement indépendant et abstrait des relations existant entre le débiteur principal (et/ou le donneur d'ordre de la garantie ou du crédit) et le bénéficiaire²².

Il est néanmoins vrai que le paiement par le banquier du crédit documentaire ou de la garantie éteint, à due concurrence, la dette du débiteur principal.

Un raisonnement analogique par référence aux règles du mandat est donc dans une certaine mesure possible.

En l'espèce, le principal point de litige entre les parties portait sur la question des intérêts sur le montant de la provision: la banque, alléguant de sa propriété, niait être débitrice des intérêts que réclamait le client par le biais de son liquidateur.

En l'absence de convention expresse intervenue entre les parties, cette question doit être envisagée, en tenant compte de la qualification donnée au versement de la provision.

Si on envisage le compte provision comme un gage constitué en faveur de la banque, le gage porte, suivant les termes de

la loi du 15 décembre 2004, sur "*les droits découlant des fonds portés en compte*".

La détermination de ces droits – en ce compris la question de savoir si les fonds portés en compte sont ou non productifs d'intérêt – relève de la convention des parties. Dans la mesure où les droits conventionnels qui constituent l'objet du gage n'incluent pas le droit aux intérêts, le créancier gagiste n'est pas davantage tenu de payer des intérêts à l'affectant gagiste, lorsque le gage prend fin.

Si on envisage la constitution d'une provision comme un transfert de propriété à titre de garantie, le transfert de propriété inclut l'exercice des prérogatives découlant de cette propriété, en ce compris le droit d'en user et d'en percevoir les fruits²³.

La Cour de cassation a, en 2003, consacré ce principe en précisant que le droit de propriété sur une somme d'argent, lorsqu'il est transféré à titre de sûreté au profit d'un créancier, a en principe pour effet le droit pour ce dernier de s'approprier les fruits des sommes transférées²⁴.

Si, comme l'a fait le tribunal de commerce de Liège, on envisage la provision comme une avance faite au mandataire des frais nécessaires à l'accomplissement de sa mission, la question des intérêts peut paraître plus délicate.

En vertu de l'article 1993 du Code civil, "*tout mandataire est tenu... de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration...*".

Si, en règle, le mandataire ne doit aucun intérêt pour les sommes demeurées entre ses mains en raison du mandat²⁵ – sommes qu'il n'a nullement l'obligation de faire fructifier²⁶ – il doit en vertu de l'article 1996 du Code civil *l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage à dater de cet emploi*.

Une première question se pose: l'article 1996 vise-t-il la provision versée par le mandant pour permettre au mandataire l'exécution de sa mission? On peut en douter. La *ratio legis* de l'article 1996 repose sur le devoir de fidélité du mandataire: le mandat ne peut jamais devenir source de profit pour ce dernier dans ses rapports avec des tiers. Lorsqu'il exécute son mandat, lorsqu'il encaisse des sommes payées par des tiers dans l'exercice de ce mandat, le mandataire *est le mandant*²⁷. Tou-

¹⁹ Sur la différence entre droit soumis à condition et droit éventuel, voy. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, n° 171. La créance du donneur d'ordre par rapport à la provision n'est en rien comparable avec la créance du titulaire d'un compte courant ou d'un compte de dépôt par exemple.

²⁰ Rappelons qu'à tout le moins en ce qui concerne les crédits documentaires, le paiement constitue l'issue normale de l'opération. La restitution de la provision au donneur d'ordre constitue donc l'exception.

²¹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, o.c., V, n° 426.

²² Voy. notamment MARTIN et DELIERNEUX, *R.P.D.B.*, complément t. VII, v° *Les garanties bancaires autonomes*, n° 100.

²³ Aux termes de l'art. 12 § 2 de la loi du 15 décembre 2004, "*Les transferts de propriété... sont valables et opposables aux tiers en ce compris les prérogatives découlant de la propriété permettant notamment l'aliénation des avoirs qui en forment l'objet...*".

²⁴ Cass. 4 avril 2003, *T.B.H.* 2003, p. 393 et *Dr. banc. fin.* 2003, p. 375. Dans le même sens, SAGAERT et SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden", *R.W.* 2005, pp. 1535 et s.

²⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, o.c., V, n° 423.

²⁶ Comp. Cass. 11 mai 2000, *J.T.* 2001, p. 632: "*le détenteur de gage, tenu de veiller en bon père de famille à la chose donnée en gage n'est pas obligé de placer cette somme à intérêt*".

²⁷ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, o.c., V, n° 422.

tefois, le versement de la provision par le mandataire ne s'inscrit pas dans les relations qu'a le mandataire avec des tiers mais bien dans les relations entre le mandataire et son mandant. Le versement de cette provision ne s'inscrit pas davantage dans l'exécution du mandat. Le versement de la provision constitue au contraire une condition préalable à cette exécution et le mandataire peut suspendre l'accomplissement de sa mission tant que le mandant n'a pas satisfait à la demande de provision. Au moment du versement de la provision, la propriété de celle-ci est transférée au mandataire et le mandant acquiert une créance éventuelle en restitution dans la mesure où le mandat ne serait pas finalement exécuté ou la provision non totalement utilisée. On peut dès lors se demander si, à propos de cette provision, la question des intérêts ne doit pas être tranchée entre les parties sans que la règle de l'article 1996 ne puisse, en l'absence d'une telle convention, conduire à une solution automatique.

Par ailleurs, l'article 1996 ne vise que les sommes que le mandataire a employées à son usage; encore cet emploi doit-il être démontré.

On rétorquera que dans la mesure où le mandataire est une banque, l'emploi des sommes mises à sa disposition peut être présumé.

Il convient cependant, de revenir aux particularités de la mission confiée, en l'espèce au banquier. Si on envisage, en particulier l'émission d'une garantie à première demande, le banquier peut être tenu d'exécuter le paiement de la garantie à tout moment. De même, dans le cadre d'un crédit documentaire, le temps pendant lequel la banque dispose effecti-

vement des fonds sans être exposée à un appel au crédit est variable et peut se révéler fort court. Dès lors, si on envisage le montant de la provision en tant que tel – distinct des autres avoirs de la banque – les possibilités de placement effectif de cette provision seront limitées et le taux d'intérêt obtenu forcément réduit.

Il convient de noter par ailleurs, que l'article 1996 n'étant pas d'ordre public, il est loisible aux parties d'y déroger. Il serait certes préférable qu'elles le fassent d'une manière expresse en réglant spécifiquement la question des intérêts. Mais, à défaut d'une telle convention expresse, la volonté des parties peut être recherchée par l'analyse des faits et circonstances de la cause et notamment, l'équilibre dans lequel s'inscrit le crédit obtenu par le client. Le prix de l'émission d'une garantie ou d'un crédit documentaire comporte une composante fixe correspondant aux frais de traitement supportés par la banque et une composante variable, fonction notamment de la relation crédit entre la banque et le client donneur d'ordre. Le coût du crédit est évidemment moins grand si le risque pris lors de l'émission du crédit documentaire ou de la garantie est provisionné. On rejoint ainsi la question de savoir si en plaçant la provision reçue à son profit, la banque obtient un profit "illégitime" "à l'occasion de son mandat" ou si la perception éventuelle d'un intérêt n'intervient pas dans une certaine mesure dans le champ contractuel au moment du calcul du coût du crédit supporté par le client.

Tout est, à ce niveau, une question d'espèce et d'analyse de la volonté réelle des parties.