

6. COUR D'APPEL DE LIÈGE 13 MARS 2007

SÛRETÉS

Sûretés personnelles – Garantie bancaire à première demande – Mandat (non) – Gage sur billets à ordre – Article 3 de la loi du 5 mai 1872 – Imputation – Transfert de propriété du produit (non) – Obligation de payer des intérêts – Anaticisme – Prescription quinquennale (non)

Les liquidateurs forment, à défaut de stipulation contraire, un collège, seul apte à engager la société à l'égard des tiers. L'organe compétent pour agir en justice peut toutefois ratifier l'acte accompli pour autant que la ratification intervienne en temps utile.

Le banquier qui émet une garantie bancaire à première demande n'agit pas comme mandataire du donneur d'ordre mais comme délégué. L'obligation du donneur d'ordre de couvrir le banquier naît dès l'engagement pris par ce dernier à l'égard du bénéficiaire de la garantie. Cette obligation peut être garantie par une sûreté.

Lorsqu'un gage porte sur des billets à ordre et qu'à l'échéance de ceux-ci, le créancier gagiste en perçoit le produit et le place sur un compte à son nom, il ne fait que mettre en œuvre l'article 3 de la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial. Si la créance garantie n'est pas exigible au moment de la perception des valeurs engagées, le créancier gagiste ne peut procéder à l'imputation mais conserve les sommes et les imputera lorsque la créance garantie sera devenue exigible. De la circonstance que les fonds ont été placés sur un compte interne au nom de la banque, créancier gagiste, il ne peut se déduire un transfert de propriété de ces fonds à son profit.

Si le détenteur d'une somme d'argent au titre de gage n'est en principe pas obligé de placer cette somme à intérêts, une telle obligation pourrait, en certains cas, se déduire du principe d'exécution de bonne foi des conventions. L'affectation des fonds à un compte ouvert dans l'établissement du créancier gagiste implique la volonté du débiteur de permettre une utilisation de ces fonds dans les mêmes conditions que tout déposant. Dès lors qu'elle en avait la disposition, la banque était tenue de rémunérer ces fonds.

Le refus de la banque de placer les fonds à intérêts à l'invitation expresse du débiteur est abusif. La sanction de l'abus de droit n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que l'abus a causé. En l'espèce, le dommage consiste en la perte d'intérêts sur la somme immobilisée. Le taux d'intérêts interbancaire peut être retenu.

L'indemnité compensatoire, dont la fixation est uniquement fonction d'une réparation intégrale du dommage, est étrangère à l'article 1154 du Code civil. La prescription quinquennale prévue par l'article 2277 du Code civil ne concerne que les intérêts au sens strict et non les dommages et intérêts.

ZEKERHEDEN

Persoonlijke zekerheden – Bankgarantie op eerste verzoek – Lastgeving (nee) – Pand op orderbriefjes – Artikel 3 van de wet van 5 mei 1872 – Verrekening – Eigendomsoverdracht van het product (nee) – Verplichting tot betaling van interesten – Anaticisme – Vijfjarige verjaring (nee)

De vereffenaars vormen, bij gebrek aan andersluidende bepaling, een college, alleen bekwaam om de vennootschap te verbinden ten opzichte van derden. Het orgaan dat bevoegd is rechtsgedingen te voeren mag echter de aangegane handeling bekrachtigen zover deze bekrachtiging op tijd tussenkomt.

De bankier die een bankgarantie op eerste verzoek uitgeeft treedt niet op als lasthebber van de opdrachtgever, maar als zijn afgevaardigde. De verplichting van de opdrachtgever om de bankier te dekken ontstaat van zodra de verbintenis door deze laatste wordt aangegaan ten opzichte van de begunstigde. Deze verplichting kan worden gewaarborgd door middel van een zekerheid.

Wanneer een pand betrekking heeft op orderbriefjes en op het einde van de looptijd ervan de pandhoudende schuldeiser het provenu int en dit plaatst op een rekening op zijn naam, doet hij niets anders dan uitvoering geven aan artikel 3 van de wet van 5 mei 1872 op het handelspand.

Indien de gewaarborgde schuldvordering niet opeisbaar is op het moment van de inning van de in pand gegeven waarden, mag de pandhoudende schuldeiser niet overgaan tot het verrekenen ervan, maar neemt hij de bedragen in bewaring om deze slechts toe te rekenen wanneer de gewaarborgde schuldvordering opeisbaar zal zijn geworden. Uit de omstandigheid dat de fondsen werden geplaatst op een interne rekening op naam van de bank, pandhoudende schuldeiser, mag geen eigendomsoverdracht van deze fondsen in het voordeel van de bank worden afgeleid.

Als de houder van een geldsom ten titel van pand in principe niet verplicht is deze som te plaatsen met opbrengst van interesten, zou zodanige verplichting in bepaalde gevallen wel kunnen worden afgeleid uit het principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten. De bestemming van de fondsen op een rekening geopend in de instelling van de pandhoudende schuldeiser impliceert de wil van de schuldenaar om een gebruik van deze fondsen toe te laten onder dezelfde voorwaarde als elke andere deponent. Vanaf het moment waarop zij over deze sommen beschikte, was de bank ertoe gehouden hierop rente te betalen.

De weigering van de bank om deze sommen op uitdrukkelijk verzoek hiertoe van de schuldenaar te plaatsen tot opbrengst van interesten maakt een misbruik uit. De sanctie op dit misbruik van recht is niet het volledige verval van dit recht, maar de vermindering ervan tot zijn normale gebruik of het herstel van de schade veroorzaakt door het misbruik. In casu bestaat de schade uit het verlies aan interesten op de geïmmobiliseerde som. De interbancaire rentevoet kan worden gebruikt.

De compenserende vergoeding, waarvan de vaststelling enkel gebeurt in functie van een volledige schadeloosstelling, is vreemd aan artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek. De vijfjarige verjaring voorzien door artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek betreft enkel de interesten stricto sensu, doch niet de schadevergoedingen.

SA Fortis Banque/SA Société Herstaliennne pour la Finance, l'Industrie et le Commerce (HER-FIC)
Siég.: R. de Francquen (président), X. Ghuysen et M.-Cl. Ernotte (conseillers)
Pl.: Mes J.-P. Buyle et J. Willems

(...)

Par requête du 27 juin 2005, la SA Fortis Banque interjette appel du jugement du tribunal de commerce de Liège du 23 décembre 2004, qui dit pour droit que les sommes versées par HER-FIC à la Fortis Banque par convention du 24 décembre 1991 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 créditeur du compte, et que ces intérêts, échus à la date du 14 janvier 2003, porteront à leur tour intérêt au même taux.

HER-FIC introduit un appel incident quant au taux d'intérêt retenu par les premiers juges et quant à la capitalisation.

Les faits de la cause ont été exactement présentés par les premiers juges à l'exposé desquels la cour se réfère. Il convient toutefois de préciser et de rappeler ce qui suit:

La SA Fabrique Nationale de Herstal, en abrégé F.N. et aujourd'hui dénommée HER-FIC, dispose à l'égard de son principal banquier, la SA Générale de Banque devenue Fortis Banque, notamment d'une importante ligne de crédit utilisable sous forme de crédit de signature, garantie par un gage sur fonds de commerce. Cette ligne est ramenée à un peu plus de deux milliards de francs en août 1987.

En 1990, F.N. cède l'essentiel de son fonds de commerce à la société française Giat Industries, ce qui donne lieu à la création d'une nouvelle société, la SA Fabrique Nationale Nouvelle Herstal, en abrégé FNNH. Dans le cadre de cette restructuration, la plupart des garanties émises au profit de F.N. sont transférées à FNNH sous réserve de garanties à première demande à hauteur de 233 millions FB, la ligne de crédit étant ramenée à hauteur de cet encours et devant se réduire au fur et à mesure de l'extinction de ces garanties. Pour le surplus, *pour sûreté des garanties qui resteront logées sur votre compte en nos livres et dans le cadre des gages sur fonds de commerce qui ont été constitués précédemment en notre faveur, il conviendra de réaliser la dépossession des billets à ordre souscrits par FNNH et avalisés par le Giat Industries, billets à ordre qui seront égaux en valeur, aux garanties non transférées* (lettre du 28 décembre 1990 – pièce 1 du dossier Fortis). Le 2 janvier 1991, F.N. et Fortis constituent une "convention de dépossession de billets à ordre" par laquelle les parties substituent au gage sur fonds de commerce un gage avec dépossession portant sur deux billets à ordre, tirés sur FNNH à échéance au 31 décembre 1991 (pièce 2 du dossier Fortis).

Par courrier du 24 décembre 1991, Fortis informe HER-FIC de ce que à l'échéance des billets à ordre, leur contrepartie sera *portée dans un compte à notre nom "provisions pour garanties données" (...), assurant ainsi la continuité du gage*

constitué précédemment (...). De plus, nous vous informons que nous sommes disposés à transporter ce même gage dans un compte à terme. Vous voudrez bien nous le confirmer avant le 30 décembre 1991 de manière à ce que nous puissions établir les correspondances relatives à l'affectation en gage à notre profit dudit compte à terme (...) (pièce 5 du dossier Fortis). Aucune confirmation n'est donnée par HER-FIC dans le délai précité mais les parties se rencontrent le 10 juillet 1992 pour discuter notamment de la demande de HER-FIC de rémunérer les montants portés au compte provision (voir note interne Fortis – pièce 1.23. du dossier Fortis), ramenés, depuis juin 1992, à 46.503.494 FB (lettre Fortis du 15 juin 1992 – pièce 7 du dossier Fortis).

Après avoir décidé la dissolution de HER-FIC le 30 septembre 1999, les actionnaires sollicitent du président du tribunal de commerce la désignation de liquidateurs, maîtres Michel Mersch et Etienne Chartier étant désignés par ordonnance du 4 octobre 1999. Les liquidateurs vont revenir sur le problème de la rémunération des fonds bloqués mais aucune solution ne sera trouvée.

Le 23 juillet 2003, Fortis met fin avec effet au 25 août 2003 aux facilités dont HER-FIC disposait auprès d'elle.

Discussion

Recevabilité des actions originaires

L'appelante conclut à l'irrecevabilité de l'action introduite par citation du 14 janvier 2003 au motif qu'elle n'a été initiée que par un seul des liquidateurs.

Les personnes morales agissent en justice à l'intervention de leurs organes compétents (art. 703, al. 1^{er} C. jud. ; Cass. 17 janvier 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 536 et note). En vertu de l'article 186 du Code des sociétés, les liquidateurs peuvent intenter toute action en justice.

En l'espèce, puisque le président du tribunal de commerce a désigné deux liquidateurs, ceux-ci forment, à défaut de stipulation contraire, un collège, seul apte à engager la société à l'égard des tiers (art. 184, al. 2 C. soc.).

Si HER-FIC pouvait modifier les pouvoirs attribués aux liquidateurs puisqu'il s'agit d'une liquidation volontaire et qu'elle a ainsi permis à chaque liquidateur d'agir séparément (procès-verbal de l'assemblée générale du 19 juin 2000), cette habilitation n'a toutefois pas été, contrairement au prescrit de l'article 74, 2^o, c) du Code des sociétés, publiée aux *Annexes du Moniteur belge*. Il en résulte qu'elle n'est pas opposable aux tiers sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance (art. 76, al. 1^{er} C. soc.). La circonstance que, au cours des échanges de courriers, ceux-ci ont d'abord été signés par maître Chartier seul

puis par maître Mersch seul n'est pas en soi révélatrice de ce que chaque liquidateur disposait du pouvoir d'intenter une action en justice seul et que de ce fait Fortis en aurait connaissance.

Il reste que l'organe compétent pour agir en justice peut ratifier l'acte accompli pour autant que la ratification intervienne en temps utile (V. RENARD, "Action et représentation en justice des personnes morales", *J.T.* 2002, p. 227; A. DECROËS, "L'action en justice des personnes morales: de la décision d'agir à la comparution", *R.G.D.C.* 2003, p. 296, n° 6). Or il n'est pas contesté que maître Mersch a dûment confirmé l'action introduite par maître Chartier seul de sorte que l'action est recevable.

L'appelante considère alors que la seconde citation introduite le 7 octobre 2003 est irrecevable au motif que HER-FIC n'aurait aucun intérêt à introduire une seconde fois la même demande. En réalité, l'introduction de cette seconde procédure pose un problème de litispendance, qui a été résolu par la jonction, non contestée, des causes, mais non d'intérêt, HER-FIC disposant d'un intérêt certain au sens de l'article 17 du Code judiciaire dans la mesure où la recevabilité de la première procédure était contestée. Les frais de cette citation doivent néanmoins demeurer à charge de HER-FIC dans la mesure où ils ont été exposés inutilement.

Qualification des relations entre parties

Les parties sont en désaccord quant à la qualification de l'affectation du produit de la réalisation des billets à ordre tirés sur FNNH.

L'analyse retenue par les premiers juges quant à l'existence d'un mandat par lequel HER-FIC a, moyennant l'avance de fonds, sollicité de son banquier qu'il exécute des paiements en faveur de tiers en cas de défaillance de sa part, méconnaît le mécanisme même du crédit utilisable par signature, soit en l'espèce par l'émission de garanties à première demande.

Lors de l'émission d'une telle garantie, la banque prend, à l'égard du bénéficiaire, un engagement personnel, autonome et abstrait, indépendant du contrat de base et de sa propre relation avec le donneur d'ordre (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *R.P.D.B., Les garanties bancaires autonomes*, Compl. VII, nos 22 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, 2^{ème} éd., n° 656). La banque n'agit pas comme mandataire du donneur d'ordre, mais comme délégué. En l'espèce, les engagements de l'appelante sont même antérieurs à ce prétendu mandat.

L'engagement du banquier trouve habituellement sa cause, comme dans le cas d'espèce, dans un contrat d'ouverture de crédit, utilisable sous cette forme particulière, conclu avec le donneur d'ordre. Contrairement à l'appréciation des premiers juges, ce contrat d'ouverture de crédit peut parfaitement être garanti par une sûreté: la dette du donneur d'ordre de couvrir le banquier naît dès l'engagement pris par ce dernier à l'égard du bénéficiaire de la garantie. Seule son exige-

bilité est subordonnée à l'exercice par le bénéficiaire de l'appel à la garantie (Liège 9 octobre 2000, R.G. 1633/1999). En toute hypothèse, il est admis qu'une sûreté peut être donnée, non seulement pour garantir une dette existante, mais également une dette future et même éventuelle, ce qui serait le cas si l'ouverture de crédit n'était pas encore utilisée par l'émission des garanties à première demande, à la condition que cette dette soit déterminée ou déterminable au moment de la constitution de la sûreté (Cass. 28 mars 1974, *Pas.* 1974, I, 776; Cass. 27 octobre 2000, *Pas.* 2000, I, 1631).

Dans sa relation avec l'intimée, l'appelante n'était admise à constituer *une provision couvrant en tout ou en partie les garanties en question que au cas où nous serions amenés à faire usage des articles 4 et/ou 5 de notre règlement des ouvertures de crédit* (lettre de l'appelante du 11 août 1987). Même si ledit règlement n'est pas produit, il apparaît des pièces déposées (lettres des 12 juin 1992 et 23 juillet 2003) que les articles précités ont trait à la dénonciation des crédits: en d'autres termes, ce n'est que si la banque mettait fin à l'ouverture de crédit qu'elle était en droit d'être provisionnée en tout ou en partie à concurrence des engagements assumés. Or, ce n'est que le 23 juillet 2003 que la banque a mis fin à l'ouverture de crédit. La dénonciation opérée le 12 juin 1992 était étrangère à l'ouverture de crédit en cause: elle se référerait en effet à une ouverture de crédit de 215.999.136 FB ouvert en nos livres en compte 240-0011561-22 (...) et dont le solde d'un montant de 107.999.568 FB sera d'ailleurs remboursé par la libération d'une partie du compte provision litigieux. Au moment donc où l'affectation litigieuse a eu lieu, l'ouverture de crédit était en vigueur et le restera jusqu'en 2003. L'appelante n'a d'ailleurs jamais déclaré constituer l'affectation litigieuse en application des dispositions précitées de son règlement des ouvertures de crédit.

L'interprétation retenue par les premiers juges méconnaît de même la volonté des parties. Il n'est en effet pas contesté que l'ouverture de crédit utilisable par signature a été initialement garantie par un gage sur fonds de commerce, qui a été remplacé, lors de la restructuration de HER-FIC, par un gage avec dépossession sur des billets à ordre souscrits par FNNH. Lorsque, à l'échéance de ces billets à ordre, l'appelante a informé HER-FIC de ce que leur contrepartie serait portée dans un compte à son nom, elle a insisté sur ce que cette opération visait à assurer ainsi *la continuité du gage constitué précédemment* et que par ailleurs, *aux fins d'ajuster le montant du gage à la hauteur de l'encours actuel des garanties bancaires*, elle reversait un surplus sur le compte de HER-FIC (lettre du 24 décembre 1991). La volonté de l'appelante était donc bien de substituer, aux billets à ordre, leur contrepartie afin d'assurer la persistance de la garantie initiale.

Même si la cession de la propriété au titre de garantie paraît aujourd'hui admise, à tout le moins entre parties (Cass. 4 avril 2003, *R.D.C.* 2003, p. 395 et note B.D., *Rev. Banq.* 2003, p. 375 et note I. PEETERS; Ch. BIQUET-MATHIEU, *Chro-*

riques notariales, *Les sûretés*, 2006/3, vol. 43, n° 50) et a même été consacrée récemment dans le cadre limité de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, l'appelante ne rapporte pas la preuve de la conclusion d'une telle convention: au moment où les billets à ordre sont venus à échéance, elle n'a fait que mettre en œuvre, ainsi qu'elle le reconnaît, l'article 3 de la loi sur le gage commercial, selon lequel *le créancier gagiste perçoit, aux échéances, les intérêts, les dividendes et les capitaux des valeurs données en gage, et les impute sur sa créance. Si le gage consiste en effets de commerce, le créancier gagiste exerce les droits et est soumis aux devoirs du porteur*. Ce n'est donc pas en vertu d'un accord avec HER-FIC, mais en raison de la loi même, que l'appelante a perçu le montant des billets à ordre par le débit du compte du souscripteur de ces billets, soit FNNH. Cette perception correspondait à une obligation légale dans le chef de l'appelante tandis que le souscripteur des billets avait quant à lui l'obligation de s'acquitter entre ses mains (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, T. II, n° 423; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. VI, n° 1103, *R.P.D.B.*, v° *Nantissement*, n° 224). L'appelante s'est d'ailleurs bornée à informer HER-FIC de la perception des fonds conformément à la loi et n'a sollicité aucun accord quant à ce.

La seule offre qui a été formulée par l'appelante était de transporter ce même gage dans un compte à terme. La validité de cette offre était toutefois subordonnée à un délai, à savoir le 30 décembre 1991. À défaut d'acceptation de cette offre par HER-FIC dans ledit délai, aucune convention quant à l'affectation des sommes sur un compte à terme n'a pu naître. HER-FIC ne peut raisonnablement prétendre qu'elle n'a pas été en mesure de réagir en raison de ce que le courrier litigieux lui a été adressé le 24 décembre dès lors qu'elle connaissait ou devait connaître la date d'échéance des billets à ordre et qu'elle n'a d'ailleurs fait valoir à ce moment aucune cause particulière justifiant une impossibilité de réagir dans le délai imparti.

Il est admis que si la créance garantie n'est pas exigible au moment de la perception des valeurs gagées, ce qui était le cas en l'espèce, le créancier gagiste ne peut procéder à l'imputation mais il *conservera la somme jusqu'à l'exigibilité de sa créance et l'imputera sur celle-ci lorsqu'elle sera devenue exigible* (M. GRÉGOIRE, "Le gage commercial", in *Privilèges et hypothèques*, n° 14). Contrairement à l'appréciation de l'appelante, ce mécanisme légal n'instaure pas en soi un transfert de propriété à titre fiduciaire, mais une substitution de gage: *le gage est reporté sur les montants perçus. Le gage sur la créance est pour ainsi dire converti en un gage sur une somme d'argent* (E. DIRIX, "Gage de créances", in *Privilèges et hypothèques*, n° 21). Telle était d'ailleurs la position adoptée in *tempore non suspecto* par l'appelante elle-même qui insistait sur la *continuité du gage* (lettres des 24 décembre 1991 et 15 juin 1992).

Les modalités mêmes de la perception, soit un transfert de

compte à compte et non la remise d'une somme d'argent fongible, excluent les controverses relatives au gage sur une somme d'argent, considérés par certains, comme un transfert de propriété (voir F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 295; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, n° 2616). Les professeurs Van Ryn et Heenen soulignent bien que *le versement d'une somme d'argent à titre de garantie ne doit pas être confondu avec le nantissement d'une créance que possède déjà le débiteur contre le bénéficiaire de la garantie, par exemple du chef d'un compte en banque (o.c., n° 2616)*. En l'espèce, l'appelante n'a d'ailleurs pas fait de la nature de l'objet un obstacle de principe à l'existence d'un gage: elle a expressément admis que d'autres crédits soient garantis par des gages portant sur un compte à terme et l'a d'ailleurs proposé dans son courrier du 24 décembre 1991.

La particularité vient de ce que le produit des billets a été porté sur un compte ouvert au nom de l'appelante. Celle-ci ne peut toutefois en déduire le consentement de HER-FIC à un transfert de propriété: cette inscription n'est pas le fait de HER-FIC qui n'a transféré à ce compte aucun montant, celui-ci provenant d'un tiers, à savoir FNNH, et à l'intervention de la seule appelante. HER-FIC n'a eu aucune maîtrise quant à cette inscription.

L'appelante fait de même inexactement grand cas de la manière dont ce produit a été comptabilisé depuis 1991 par HER-FIC sous le poste "actifs circulants – autres créances". L'appelante affirme péremptoirement qu'un compte bancaire donné en gage par l'entreprise devrait figurer en "placement de trésorerie", ce qui n'est pas établi. Sur le plan comptable, le versement d'une somme à un tiers au titre de garantie est enregistré sous le poste "cautionnements versés en numéraires", soit en créance, lorsque le tiers peut disposer de celle-ci (E. CAUSIN, *Droit comptable des entreprises*, nos 1066-1067 et nos 1307-1308). En toute hypothèse, si HER-FIC a enregistré la garantie litigieuse sous ce titre, encore a-t-elle à chaque fois précisé dans l'annexe que les montants couvrant les garanties bancaires faisaient l'objet d'un gage: la rubrique "Droits et engagements hors bilan", "gage sur d'autres actifs" reprend en effet identiquement lesdits montants. La volonté de HER-FIC était donc bien de maintenir la qualification de gage. Pour le surplus, dans la mesure où la propriété même des fonds lui a été dès le départ contestée par l'appelante, HER-FIC a suivi un principe de prudence quant à la comptabilisation des intérêts. À l'inverse, l'appelante s'abstient de préciser et d'établir la manière dont ces avoirs ont été comptabilisés pour ce qui la concerne. L'affirmation que le placement des fonds sur un "compte interne" aurait nécessairement pour conséquence *que les fonds remis par HER-FIC se confondaient* avec les siens (conclusions de synthèse, p. 36) n'est objectivée par aucun document probant, l'appelante s'abstenant de produire le moindre document relatif au compte n° 240-8438043-17 intitulé "provisions pour garanties données". Tout au contraire, selon les termes mêmes utilisés par l'appe-

lante, l'affectation des fonds à ce compte devait assurer la continuité du gage en répondant à l'exigence de dépossession telle qu'elle existait alors – cette exigence ayant été assouplie pour les créances (art. 2 de la loi sur le gage commercial tel que modifié par la loi du 12 décembre 1996) – et d'individualisation.

La seule volonté de l'appelante eût été inopérante à modifier unilatéralement la convention de gage entre parties. Elle aurait pu tout au plus s'identifier en une offre de remplacer la sûreté existante par un transfert de propriété au titre de garantie mais en l'espèce l'émission de volonté de l'appelante ne pouvait recevoir une telle qualification car elle était ambiguë et ne précisait pas les éléments essentiels du contrat à conclure.

En conclusion, au vu des développements qui précèdent, il apparaît que l'appelante a perçu le montant des billets à ordre conformément à l'article 3 de la loi sur le gage commercial de sorte qu'elle a conservé la contrepartie de ces billets au titre de gage, ainsi qu'elle l'a mis en exergue elle-même. La circonstance que, de son propre chef et sans que cette affectation n'ait été consentie par HER-FIC, l'appelante ait affecté ces montants à un compte ouvert à son nom, et non au nom de HER-FIC, constituait une simple écriture interne qui n'a pas eu pour objet et pour effet de lui transférer la propriété desdits fonds.

Conséquence du maintien du gage

L'appelante soutient que même si elle a conservé les fonds en tant que créancier gagiste, elle n'est pas redevable, à défaut de convention contraire, d'un intérêt sur ces sommes. Elle s'appuie quant à ce sur un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2000 (*Pas.* 2000, I, 287), selon lequel *lorsque le juge décide qu'une somme d'argent constitue l'objet d'un gage, le détenteur du gage, qui est tenu de veiller en bon père de famille à la chose donnée en gage, n'est pas obligé de placer cette somme à intérêts.*

Si le détenteur d'une somme d'argent au titre de gage n'est en principe pas obligé de placer cette somme à intérêts, encore une telle obligation pourrait cependant, nous paraît-il, du moins en certains cas, être déduite du principe d'exécution de bonne foi des conventions (Ch. BIQUET-MATHIEU, *Les sûretés. Chroniques notariales*, 2006/3, vol. 43, n° 50, renvoyant à *Chroniques notariales* octobre 2002, vol. 36, n° 45). En l'espèce, l'appelante ne s'est pas retrouvée détentrice d'une somme d'argent mais a dès le départ porté la contrepartie des billets à ordre à un compte.

HER-FIC se trouvait dès lors dans la même situation que tout client qui transfère à un compte bancaire une somme déterminée, si ce n'est que la somme était immobilisée en raison du gage. L'appelante ne peut à cet égard se retrancher derrière le fait que dans le cadre d'un dépôt en ses mains par un prêteur elle a la disposition des fonds, et donc l'obligation de rémunérer cet emploi, alors que dans le contrat de gage,

elle est un simple détenteur qui ne peut user des fonds (H. DE PAGE, *o.c.*, n° 1058; H. FREDERICQ, *o.c.*, n° 431). Si le créancier gagiste a effectivement la seule qualité de dépositaire, encore les parties peuvent-elles déroger à ce principe qui ne relève pas de l'ordre public. En l'espèce, l'affectation de fonds à un compte bancaire distinct, ouvert dans l'établissement du créancier gagiste, implique la volonté certaine du débiteur de permettre une utilisation des fonds dans les mêmes conditions que tout déposant. À nouveau, l'appelante se contente de soutenir que HER-FIC ne rapporte pas la preuve de l'utilisation des fonds, alors qu'il s'agit d'une preuve impossible à rapporter pour celle-ci et que de son côté, elle s'abstient de produire le moindre élément relativement à ce compte.

Comme pour tout compte dont elle avait la disposition, l'appelante était tenue de rémunérer l'inscription des fonds au compte litigieux.

En ce qui concerne le taux, il résulte des pièces produites que, dans un premier temps, HER-FIC n'a pas donné suite à la proposition de l'appelante d'affecter les fonds à un compte à terme (lettre du 24 décembre 1991) et n'a rien réclamé. Pour la période du 1^{er} janvier 1992 au 10 juillet 1992, le seul taux qui peut être retenu, en l'absence de toute autre affectation sollicitée, est celui applicable aux comptes à vue, soit, selon l'appelante et sans que cela ne soit précisément contesté par HER-FIC, un intérêt de 0,50% par an.

Il est établi que le 10 juillet 1992, HER-FIC a demandé une rémunération du compte tandis que l'appelante s'en est tenue à un refus de principe au motif qu'elle était propriétaire des fonds.

Si, lorsque le créancier gagiste n'est pas un organisme bancaire, la seule volonté du débiteur d'inviter ce créancier à placer les fonds auprès d'un tiers est inopérante dès lors que ce mandat, comme tout contrat, implique que ce pouvoir soit accepté (P. WÉRY, *Le mandat, Rép. not.*, T. IX, livre VII, n° 19), la situation se présente différemment lorsque ledit créancier gagiste est un organisme bancaire qui, en raison de son activité même, est en offre permanente de placement vers le public et qu'il refuse de faire droit à cette demande de placement. *Le refus de contracter peut, dans certaines circonstances, être abusif* (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources", *J.T.* 1996, p. 715, n° 74). En ce qui concerne l'offre au public, *elle lie en principe le pollicitant vis-à-vis du premier acceptant et emporte prohibition du refus de contracter, sauf pour le pollicitant à démontrer que son refus de contracter se déduit de réserves (...) attachées à son offre, justifiant par exemple le caractère intuitu personae du contrat à venir, et lui permettant plus généralement de développer la juste motivation de son refus, à apprécier par le juge* (J.-F. ROMAIN, "La liberté du commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.* 1995, p. 22, n° 26.4; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^{ème} éd., pp. 16 et s., n° 11). Sur ce plan, le motif invoqué par l'appelante, à savoir

qu'elle était propriétaire des fonds, n'était pas légitime. Il reste toutefois que HER-FIC ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle a à ce moment formulé une demande de placement précise au-delà de la rémunération de base du compte à vue: en dehors de la réclamation de "quelque chose", selon le compte-rendu interne de l'appelante, HER-FIC ne s'est manifestée d'aucune manière et n'a pas adressé la moindre correspondance et a fortiori mise en demeure quant à l'octroi d'une rémunération précise, et ce pendant huit ans. À défaut de demande précise de HER-FIC, aucun refus abusif ne peut être caractérisé dans le chef de l'appelante au-delà du taux précité de 0,5%. Pour cette période, seul cet intérêt de 0,5% peut donc être retenu.

En revanche, après la dissolution de HER-FIC, les liquidateurs ont demandé la rémunération des fonds à tout le moins au taux de l'intérêt interbancaire (lettre du 26 septembre 2000 et décompte y annexé). Si cette réaction était inopérante pour le passé, encore constituait-elle une demande expresse de placement à ce taux pour l'avenir, laquelle a été refusée par l'appelante. Pour la période qui débute à ce moment, le refus est abusif.

La sanction de l'abus de droit *n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que l'abus a causé* (Cass. 16 décembre 1982, *Pas.* 1983, I, 472; Cass. 8 février 2001, R.G. C.98040.N; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, p. 708, n° 46).

Le dommage consiste en l'espèce en la perte d'intérêts sur la somme immobilisée. À cet égard, le taux interbancaire sollicité par les liquidateurs peut être retenu dans la mesure où, ainsi que le souligne HER-FIC, il ne correspond même pas au taux normalement applicable à des comptes à terme, ce qui n'est pas sérieusement contesté par l'appelante. Pour le surplus, compte tenu des montants en cause, il n'y a pas lieu d'appliquer une décote.

Capitalisation et prescription

HER-FIC considère que, pour le cas où la qualification retenue de la relation entre parties serait celle d'une sûreté, la capitalisation des intérêts reposerait, *non sur le non-respect de l'article 1154 du Code civil, mais sur l'inscription en compte* (conclusions de synthèse, p. 47).

S'il est admis que l'anatocisme des intérêts produits par les dépôts en banque échappe à la réglementation de l'article 1154 du Code civil (Ch. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit, actualité ou désuétude du Code civil?*, pp. 279 et s., n°s 151 et s.), HER-FIC perd de vue qu'elle ne réclame pas des intérêts rémunérateurs sur base d'une convention de placement avec l'appelante, laquelle est inexistante. Elle ne réclame pas davantage, jusqu'à la citation, paiement d'intérêts, moratoires ou compensatoires, destinés à indemniser un retard de paiement, mais des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi à la suite

du refus opposé par l'appelante de la rémunérer pour le gage litigieux. Il s'agit en réalité d'une indemnité compensatoire dont la fixation est uniquement fonction d'une réparation intégrale du dommage. Elle est étrangère au champ d'application de l'article 1154 du Code civil.

Si l'appelante soutient que la capitalisation des intérêts n'est jamais pratiquée pour un compte nanti, ce qui n'est pas établi, encore ne peut-elle raisonnablement contester que les intérêts ainsi générés auraient à tout le moins été reversés au donneur de gage qui aurait pu en disposer.

Afin d'assurer une réparation intégrale du dommage de l'intimée, il y a lieu d'appliquer la pratique courante selon laquelle tout compte bancaire est crédité en fin d'année des intérêts calculés sur les sommes déposées et donc de capitaliser annuellement les intérêts dont question ci-avant jusqu'au jour de la citation. À partir de ce moment, seront uniquement dus des intérêts compensatoires aux taux légaux successifs sur l'indemnité ainsi fixée.

L'appelante entend limiter les intérêts réclamés par l'intimée sur base de la prescription décennale (art. 2262*bis* C. civ.), voire quinquennale telle que prévue par l'article 2277 du Code civil en ce qui concerne *les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts*. Dans la mesure où l'objet de la condamnation de l'appelante consiste en des dommages et intérêts, et non en des intérêts au sens strict du terme, l'article 2277 du Code civil est inapplicable (Ch. BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, p. 432, n° 247; Cass. 23 mars 1961, *Pas.* 1961, I, p. 803). En ce qui concerne la prescription de droit commun telle qu'instaurée par l'article 2262*bis* du Code civil, celle-ci n'est en toute hypothèse pas acquise en raison des mesures transitoires prévues par la loi du 10 juin 1998: les nouveaux délais de prescription ne commencent à courir qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sans que la durée totale du délai de prescription ne puisse dépasser trente ans (J.-F. VAN DROOGHENBROECK et R.O. DALCQ, "La loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription", *J.T.* 1998, pp. 708-709).

Restitution tardive de la garantie Irak

L'intimée n'établit pas que, au-delà des intérêts dont question ci-avant, elle serait en droit de réclamer des intérêts moratoires complémentaires pour la restitution, selon elle, tardive de la somme bloquée en garantie alors qu'elle n'a jamais mis l'appelante en demeure de restituer ladite garantie (art. 1146 C. civ.; P. WÉRY, "La mise en demeure en matière contractuelle", in *Les obligations contractuelles*, pp. 314 et s.).

Culpa in contrahendo

L'intimée insiste sur ce que l'appelante aurait manqué à son devoir de conseil et d'information en s'abstenant de l'informer précisément de la portée du courrier précité du

24 décembre 1991 et de l'importance de la date d'échéance des billets à ordre, ainsi que de lui présenter des solutions qui répondent le mieux à ses besoins.

Sous réserve de la faute ci-avant caractérisée, les reproches formulés par l'intimée ne sont pas fondés: l'intimée disposait de toute l'information requise quant à la date d'échéance des billets à ordre et aux conséquences qui en résultaient. Par rapport aux propositions formulées par l'appelante fin décembre 1991, notamment l'éventualité d'un placement à terme, elle n'a exprimé aucune demande d'informations complémentaires.

Par ces motifs:

(...)

Reçoit les appels,

Réformant le jugement entrepris sauf en ce qu'il joint les causes et reçoit la demande;

Condamne la SA Fortis Banque à payer à la SA Société Herstaliennne pour la Finance, l'Industrie et le Commerce, en abrégé HER-FIC, une indemnité égale aux intérêts dus sur la contrepartie des billets à ordre d'un montant initial de 247.276.640 FB (6.129.827,70 EUR), lesdits intérêts étant calculés au taux de 0,5% depuis le 1^{er} janvier 1992 jusqu'au 26 septembre 2000 puis au taux interbancaire jusqu'au 14 janvier 2003, lesdits intérêts étant capitalisés annuellement à ces taux;

Condamne la SA Fortis Banque aux intérêts judiciaires aux taux légaux successifs depuis le 14 janvier 2003, jusqu'au complet paiement;

(...)

Observations

Lorsqu'une banque ouvre à un client un crédit de signature, sous la forme de garanties bancaires à première demande, elle dispose, à l'égard de son client, d'un recours en remboursement des sommes qu'elle viendrait à payer en exécution des dites garanties bancaires.

Ce recours dérive de la convention de crédit⁷³. Il se peut également qu'il soit exprimé dans un document de contre-garantie, par lequel le client s'engage irrévocablement et inconditionnellement à rembourser son banquier des sommes payées au bénéficiaire.

L'obligation du client à l'égard de son banquier garant, à l'instar de celle de la plupart des crédits de rembourser les avances qui leur sont consenties en vertu d'un contrat d'ouverture de crédit, est une obligation éventuelle⁷⁴, dès lors que l'élément d'incertitude qui la modalise – en l'espèce l'utilisation du crédit par l'appel à la garantie – affecte une composante du droit lui-même et lui est donc intrinsèque⁷⁵.

Une telle dette future, bien qu'éventuelle, peut, comme on le sait, être assortie d'une garantie de paiement⁷⁶, pour autant qu'elle soit suffisamment déterminée ou déterminable au moment de la constitution de la garantie⁷⁷.

En l'espèce, le crédit de signature était garanti par un gage sur le fonds de commerce du client. Dans le cadre d'une restructuration, le fonds de commerce avait été cédé à une nouvelle société et, avec lui, la plupart des crédits et garanties, à

l'exclusion de certaines garanties bancaires qui demeuraient logées dans les comptes du client, ouverts auprès de l'établissement de crédit.

Les parties ont convenu, alors, de remplacer le gage sur fonds de commerce par un gage sur des billets à ordre, tirés au bénéfice du client et dont l'échéance se trouvait relativement rapprochée.

Peu de temps avant cette échéance, la banque a indiqué à son client que le produit des billets à ordre serait porté dans un compte interne à la banque, intitulé "*provisions pour garanties données*", ou, alternativement, au crédit d'un compte à terme. À défaut de réaction du client, c'est la première voie qui a été suivie par la banque. Celle-ci a perçu les paiements, les a conservés et les a, enfin, restitués au client à l'expiration des garanties.

L'arrêt annoté traite essentiellement de la qualification et des conséquences de l'affectation du produit de l'encaissement des billets à ordres. Au cœur du litige se trouve, plus particulièrement, la question de savoir si les sommes conservées par l'établissement de crédit, à titre de provision, devaient être rémunérées par ce dernier, c'est-à-dire produire des intérêts créditeurs au profit du client, de la même façon que la plupart des espèces inscrites en compte bancaire.

Le tribunal de commerce de Liège y avait répondu par l'affirmative, dans son jugement du 23 décembre 2004⁷⁸,

⁷³. M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires à première demande, entre autonomie juridique et interdépendance économique", *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 609; P. VAN OMMESLAGHE, "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", *Les sûretés*, Colloque Feduci, 1983, p. 357.

⁷⁴. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, PUB, 1997, p. 746.

⁷⁵. Et non extrinsèque comme c'est le cas pour l'obligation affectée d'une condition. Voy. aussi J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, *R.D.C.* 2006, p. 75.

⁷⁶. Voy. Fr. T'KINT, *Sûretés*, Bruxelles, Larcier, 2004, n^{os} 192 à 195.

⁷⁷. Voy. Cass. 28 mars 1974, *Pas.* 1974, I, p. 776; VAN GERVEN, *Beginselen handels- en economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, p. 463; A.-M. STRANART, *Les sûretés*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1992, pp. 28 et 29.

⁷⁸. Publié dans la présente revue, première livraison de l'année 2006, p. 69.

après avoir décidé qu'en raison de leur accord quant à l'affectation du produit des billets à ordre, les parties s'étaient engagées dans un mandat par lequel, moyennant l'avance de fonds, le banquier avait accepté d'exécuter des paiements en faveur de tiers en cas de défaillance du client.

Sur la base de ces prémices, le tribunal de commerce avait, ensuite, analysé la nature du compte de provision, pour décider que les fonds qui s'y trouvaient détenus par la banque, en une qualité particulière, faisaient l'objet d'une affectation spéciale, de sorte qu'ils demeuraient séparés de son patrimoine. Rapprochant, enfin, la question de la titularité des fonds du droit du mandat, le tribunal de commerce a conclu qu'en l'absence de convention contraire des parties, l'article 1996 du Code civil imposait que les fonds placés soient rémunérés.

Ce jugement a suscité l'interrogation de ses commentateurs⁷⁹ et conduit à la censure de la cour d'appel de Liège quant à la qualification des rapports contractuels établis entre les parties.

Sans doute le morcellement de la convention des parties par le tribunal de commerce, aboutissant à qualifier de mandat l'affectation des sommes dérivant du paiement des billets à ordre, trahissait-il les intentions qu'elles avaient exprimées, d'abord en s'accordant sur la remise en gage de billets à ordre et, ensuite, quant à l'utilisation de leur produit. Mais surtout, rien, dans l'exécution volontaire de ces accords – révélée par les éléments de fait avancés – ne permettait de déceler que telle n'aurait pas été leur réelle intention.

Aussi, la cour d'appel rappelle, en premier lieu, que le banquier qui fournit une garantie bancaire à première demande s'engage vis-à-vis du bénéficiaire en son nom personnel et contracte un engagement personnel⁸⁰. La cour d'appel écarte, en conséquence, la qualification de mandat, mais ajoute que le banquier engagé dans un crédit de signature agit comme *délégué* de son client.

En tant qu'elle se rattache au mécanisme de la délégation, relevant du droit des obligations, cette affirmation n'est pas entièrement satisfaisante.

Certes, la garantie bancaire à première demande participe des figures tripartites dont procède également la délégation. Elle y ressemble, il est vrai, par l'abstraction intense reconvenue à l'engagement du délégué. Elle s'en distingue, en revanche, en raison de la nature contractuelle de la délégation.

La garantie à première demande est, quant à elle, le fruit de la volonté unilatérale du banquier et ne requiert pas, en tous les cas, l'acceptation du bénéficiaire⁸¹. Par ailleurs, en cas de délégation, déléguant et délégué se trouvent tenus à l'exécution de la même dette envers le délégataire⁸², pour le tout, tandis que l'engagement du banquier demeure nettement distinct de celui du donneur d'ordre, qui peut, au demeurant, ne pas consister en une obligation de somme⁸³ ou être d'un montant différent.

Une fois la qualification de mandat écartée par la cour d'appel, la question litigieuse devait se résoudre à la lumière du droit du gage commercial. L'arrêt énonce, à juste titre, qu'au moment où les billets à ordre sont venus à échéance, la banque n'a fait que mettre en œuvre l'article 3 de la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial, selon lequel: "*Le créancier gagiste perçoit, aux échéances, les intérêts, les dividendes et les capitaux des valeurs données en gage, et les impute sur sa créance. Si le gage consiste en effets de commerce, le créancier gagiste exerce les droits et est soumis aux devoirs du porteur.*"

La nature de cette imputation légale, propre au gage commercial, n'est pas appréhendée d'une façon unanime par les praticiens. Les spécialistes semblent, toutefois, s'accorder sur ce que le pouvoir énoncé à l'article 3 de la loi précitée n'est pas uniquement la source d'un droit pour le créancier gagiste, mais lui impose simultanément un devoir⁸⁴.

Monsieur Dirix y voit un acte de conservation ou de gestion par lequel le créancier gagiste exerce son privilège par compensation (si la créance garantie est déjà exigible) ou par lequel le gage se reporte sur les capitaux perçus, c'est-à-dire qu'il se convertit en un gage sur une somme d'argent (si la créance garantie n'est pas encore exigible au moment de la perception)⁸⁵.

C'est à cette thèse que s'est ralliée, en l'espèce, la cour d'appel de Liège.

Cependant, l'idée de la transformation d'un gage de créance en un gage sur une somme d'argent lors de la liquidation de la première semble méconnaître le mécanisme instauré par l'article 3 de la loi du 5 mai 1872. La perception et l'imputation organisées par cette disposition opèrent, ainsi que les a décrites Madame Grégoire, une attribution définitive au créancier gagiste des fonds concernés, à charge pour lui d'y réserver l'application légalement prévue, c'est-à-dire l'affectation à l'extinction progressive de l'obligation garan-

79. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, *R.D.C.* 2006, pp. 75 et s.

80. Voy. C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *R.P.D.B.*, Compl. VII, n° 101.

81. H. VAN LIER, "Les garanties dites 'à première demande' ou abstraites", *J.T.* 1980, p. 389.

82. H. DE PAGE, *Traité*, T. III, n° 612.

83. Ainsi, la garantie de remboursement ou restitution d'acompte est mise en œuvre en cas d'inexécution des travaux. Voy. la typologie des garanties bancaires à première demande par C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *R.P.D.B.*, Compl. VII, n° 76 à 83. L'obligation du banquier garant est exclusivement une obligation de paiement.

84. E. DIRIX, "Nantissement de créances", *Privilèges et hypothèques*, G, suppl. 22, Kluwer, 2008, n° 21; M. GRÉGOIRE, "Le gage sur créances", *Sûretés bancaires et financières*, AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 48.

85. E. DIRIX, *o.c.*, n° 21 et 22. Voy. aussi E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Deurne, Kluwer, 1992, p. 195.

tie⁸⁶. Il n'y a donc pas, à proprement parler, une substitution de gage sur une somme d'argent mais bien l'exercice d'une modalité propre au gage sur créance⁸⁷. Le créancier gagiste commercial peut, en effet, percevoir la totalité de la créance engagée, même si celle-ci est de valeur supérieure à la créance garantie, à charge de rembourser la différence au débiteur gagiste⁸⁸. Ce qu'il conserve, en revanche, lui est acquis, sous la seule obligation de respecter l'imputation légale⁸⁹.

Si la condition ou l'éventualité affectant l'obligation garantie ne se réalise pas ou ne se produit pas, cette dernière disparaît et la sûreté s'éteint, par voie de conséquence, entraînant, dans le chef du créancier gagiste, l'obligation de restituer le gage⁹⁰. Le contrat de gage génère, en effet, une obligation de restitution qui fait partie des droits et obligations normaux de ce type de contrat⁹¹. À défaut de pouvoir exercer l'imputation légalement dirigée, le créancier gagiste perd le bénéfice du droit de perception qui en est le pendant et doit rendre ce qui lui a été versé.

Que le créancier gagiste perçoive "en propre" les sommes issues de l'assiette du gage s'impose également lorsque, comme en l'espèce, celle-ci est composée de billets à ordre. Le billet à ordre est un effet de commerce, soit un titre négociable qui confère une créance inconditionnelle de somme d'argent et servant d'instrument de paiement ou de crédit⁹². Plus spécialement, il s'agit d'un titre abstrait obéissant à un formalisme légal et qui confère à son titulaire le droit autonome de se faire payer une somme déterminée par le souscripteur du billet⁹³.

Le titre à ordre, représentant une créance, n'est pas un meuble corporel dont la seule possession suffit à conférer les droits qui en dérivent, notamment ceux conférés par l'article 2279 du Code civil⁹⁴. Il n'est pas transmissible par voie de

simple tradition, mais par le procédé de l'endossement. La loi du 5 mai 1872 traite, dès lors, de l'hypothèse où le gage consiste en un effet de commerce dans le même article 3: le créancier gagiste exerce les droits et est soumis aux devoirs du porteur.

En l'absence de mention contraire, l'endossement fait présumer un transfert de la propriété de l'effet ainsi que des droits qui en résultent⁹⁵. Une telle mention contraire résulte, par exemple, d'un endossement précisant qu'il est fait à titre de gage (endossement pignoratif), mais, même en cette hypothèse, plutôt rare en pratique⁹⁶, l'article 19 des lois coordonnées du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre⁹⁷ permet aussi au créancier gagiste de se comporter comme le porteur de l'effet et, en particulier, d'en recevoir le capital⁹⁸.

Certes, l'article 3 de la loi du 5 mai 1872 n'est pas d'ordre public, ni même impératif, de sorte qu'il est loisible aux parties d'y déroger et de laisser au débiteur gagiste le soin de percevoir les capitaux des créances engagées, sous le contrôle du créancier gagiste⁹⁹. C'est ce qui se serait produit si, dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt annoté, les sommes issues de l'encaissement des billets à ordre avaient été placées sur un compte à terme au nom du débiteur gagiste.

En l'absence d'une telle convention, la banque a exercé son droit de perception "en propre" des fonds, de la façon décrite ci-avant, ce que le placement de ces fonds sur un compte à son nom n'a fait que traduire en écritures bancaires. Il était donc inutile – semble-t-il – de rechercher encore un accord des parties quant à un transfert de la propriété des fonds.

L'arrêt annoté conclut justement à l'application de l'article 3 de la loi sur le gage commercial mais n'en tire pas toutes les conséquences.

⁸⁶. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 522.

⁸⁷. Pour une analyse du droit de percevoir les intérêts produits par une somme d'argent dont la propriété est transférée à titre de garantie, voy. Cass. 4 avril 2003, *R.D.C.* 2003, p. 395 et note D.B.

⁸⁸. H. DE PAGE, *Traité*, T. VI, n° 1103. Le créancier gagiste n'est détenteur des sommes perçues que dans la mesure où elles dépassent les causes du gage.

⁸⁹. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, T. II, Paris, 1921, p. 759, au sujet de l'art. 2081 du Code civil, qui concerne l'imputation des intérêts produits par une créance faisant l'objet d'un gage civil. L'art. 2081 du Code civil constitue une dérogation au principe selon lequel le créancier gagiste n'a pas le droit de jouissance sur la chose remise en gage, voy. H. DE PAGE, *Traité*, T. VI, n° 1087, 2°; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, Paris, 1927, p. 110; A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Osnabrück, 1968, pp. 216-217. L'art. 3 de la loi du 5 mai 1872 est considéré comme une extension de l'art. 2081 du Code civil.

⁹⁰. H. DE PAGE, *Traité*, T. VI, n° 1094.

⁹¹. P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution", *L'obligation de restitution du banquier*, AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 11.

⁹². J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1281.

⁹³. M. VAN WUYTSWINKEL, *Traité pratique de droit commercial*, T. 2, E.Story-Scientia, p. 109.

⁹⁴. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1307.

⁹⁵. M. VAN WUYTSWINKEL, *Traité pratique de droit commercial*, T. 2, E.Story-Scientia, p. 57.

⁹⁶. Les parties préfèrent généralement constater le gage par acte séparé et endosser l'effet sans réserve: J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1502; M. VAN WUYTSWINKEL, *Traité pratique de droit commercial*, T. 2, E.Story-Scientia, p. 57.

⁹⁷. Art. 19 de la loi du 31 décembre 1955: "Lorsqu'un endossement contient la mention 'valeur en garantie', 'valeur en gage' ou toute autre mention impliquant un nantissement, le porteur peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change, mais un endossement fait par lui ne vaut que comme un endossement à titre de procuration. Les obligés ne peuvent invoquer contre le porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec l'endosseur, à moins que le porteur, en recevant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur." Cette disposition concerne la lettre de change, mais elle est applicable, *mutatis mutandis*, au billet à ordre, en vertu de l'art. 77 de la même loi.

⁹⁸. Voy. Ch. Repr., *Ann. parl.* 1871-72, séance du 12 mars 1872, p. 682. Voy. aussi A. et M.-Cl. PIÉDELIEVRE, *Droit du crédit*, Paris, PUF, 1985, p. 42.

⁹⁹. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 521.

Il décide que *“si le détenteur d’une somme d’argent au titre de gage n’est en principe pas obligé de placer cette somme à intérêts, encore une telle obligation pourrait cependant, nous paraît-il, du moins en certains cas, être déduite du principe d’exécution de bonne foi des conventions”* et, en même temps, qu’en l’espèce, la banque *“ne s’est pas retrouvée détentrice d’une somme d’argent mais a dès le départ porté la contrepartie des billets à ordre à un compte”*.

La première de ces assertions répond à l’argument fondé sur un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2000¹⁰⁰, relatif à un gage sur une somme d’argent et paraît, en réalité, incompatible avec la seconde. L’on ne sait donc si la cour d’appel fonde, en l’espèce, l’obligation de paiement d’intérêts sur le principe de bonne foi, mais l’on peut s’interroger quant à la fonction que pourrait remplir ici la bonne foi compte tenu du mécanisme de l’article 3 de la loi du 5 mai 1872.

Plus fondamentalement, l’arrêt annoté déduit de la circonstance que la contrepartie des billets à ordre fut portée en compte que le client se trouvait dans la même situation que tout client qui transfère à un compte bancaire une somme déterminée et que la banque devait, de la même façon, rémunérer la somme en question, au motif que l’affectation de celle-ci en permettait l’utilisation à l’instar de tout dépôt.

Or, c’est exclusivement en vertu du droit de perception conféré au créancier gagiste par la loi que la banque a conservé les fonds, ce droit lui conférant non un droit d’utilisation discrétionnaire mais un droit de jouissance strictement balisé. La position des parties dans le rapport né du contrat de gage diffère de celle qui résulte du crédit lui-même et du compte y associé.

En ce qui concerne le principe de la rémunération des fonds

placés en compte bancaire, rappelons que la génération d’intérêts, sauf les cas où elle est réglementée par la loi, trouve sa source tantôt dans l’usage, tantôt dans la convention des parties¹⁰¹. En l’espèce, aucune convention n’était produite, pas même le règlement des ouvertures de crédit de la banque. Quant à l’usage, celui-ci concerne essentiellement les comptes courants, voire les comptes à vue, mais non les comptes qui n’ont qu’une fonction comptable, tels les comptes de passage ou les comptes internes, où ne s’opère pas de règlement des créances y inscrites¹⁰².

Ne pouvant trouver son fondement dans la convention des parties, la rémunération du produit du gage ne le peut davantage dans l’obligation de restitution de ce gage en raison de l’extinction de l’obligation garantie.

Ainsi que l’a écrit Monsieur Van Ommeslaghe, les fruits et les intérêts ne sont pas compris dans l’obligation de restitution toutes les fois que le contrat dont elle procède confère au débiteur de l’obligation le droit de jouir de la chose et d’en user¹⁰³. Plus spécifiquement en matière de gage, l’obligation de restitution du créancier gagiste porte sur le gage lui-même, ainsi que sur les produits et fruits de la chose remise en gage, sous réserve de l’article 2081 du Code civil¹⁰⁴ et, par extension, de l’article 3 de la loi du 5 mai 1872.

L’on n’aperçoit guère, en conclusion, quel aurait été, en l’espèce, le fondement de la production d’intérêts créditeurs en faveur du débiteur gagiste.

Marc-David Weinberger
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l’ULB

¹⁰⁰. Arr. Cass. 2000, p. 889: *“Au cas où, suivant le juge, une somme d’argent constitue l’objet du gage et aucun intérêt n’est stipulé, le détenteur du gage, qui est tenu de veiller en bon père de famille à la chose donnée en gage, n’est pas obligé de placer cette somme à intérêts.”*

¹⁰¹. Ch.-G. WINANDY, *“Les comptes en banque et les intérêts”*, *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1986, pp. 37-38; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, n° 2046.

¹⁰². Voy. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 192.

¹⁰³. P. VAN OMMESLAGHE, *“La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l’obligation de restitution”*, *L’obligation de restitution du banquier*, AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 22.

¹⁰⁴. H. DE PAGE, *Traité*, T. VI, n° 1091, 3°, C.