

Un droit moderne pour le commerce mondial

Congrès célébrant la quarantième session annuelle de la CNUDCI
Vienne, 9-12 juillet 2007

Des aspects bancaires dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

Georges Affaki ^Ψ

Maître de conférences associé, Université Panthéon-Assas (Paris II)
Vice-Président de la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale
BNP Paribas

1. Un système juridique assurant l'efficacité des droits des créanciers garantis a un impact indéniable sur le taux de croissance d'un pays. La raison, démontrée empiriquement dans de nombreuses études de la Banque Mondiale et du FMI, tient au fait que les pays qui disposent d'un tel système sont aussi ceux qui ont un secteur bancaire plus développé¹.

L'histoire nous montre que chaque fois qu'on a privé les sûretés d'efficacité, notamment en cas de procédure collective, le crédit s'est raréfié, surtout pour les petites et moyennes entreprises. Lorsqu'il demeurait disponible, il l'était à un coût prohibitif pour ces entreprises.

2. La raison de ce surcoût tient au fait que, comme tout investisseur, la banque s'attend à ce que ses fonds lui apportent un rendement déterminé. Seulement, les banques doivent aussi respecter un certain nombre de règles de gestion fondées sur le respect de règles comptables dénommées « ratios prudentiels » qui garantissent leur solvabilité et contribuent à la stabilité des marchés. Parmi ces ratios figure le ratio de solvabilité. Imposé par les autorités de réglementation bancaire nationales suite aux recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, ce ratio contraint les banques, face à un engagement de crédit pondéré, à avoir des fonds propres d'un certain montant. Ce ratio est d'au minimum 8%².

Pour atteindre le niveau de rentabilité que la banque s'est fixé pour ses concours, la rémunération du capital investi dans une opération donnée doit être d'autant plus élevée que le risque de crédit est important. C'est pourquoi si l'on arrive à diminuer ce risque par le biais d'une sûreté forte, la rémunération diminue corollairement.

3. Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'un prêt d'une valeur de 3.000 que la banque envisage d'accorder à un emprunteur présentant 1% de probabilité de défaut. Supposons que la banque obtienne en sûreté une hypothèque sur un immeuble d'une valeur de 10.000. La banque bénéficiera alors

^Ψ L'auteur a représenté la Chambre de commerce internationale aux travaux de la CNUDCI sur le Guide législatif sur les opérations garanties.

¹ Cette introduction a été développée dans notre article « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », Banque et droit, n°97, 2004, p.26. Les lecteurs pourraient s'y reporter, y compris pour la bibliographie citée en notes.

² On sait que le Comité de Bâle a adopté le nouveau ratio de capital (ratio McDonough, aussi appelé Bâle II) pour remplacer le ratio de solvabilité (ratio Cooke, aussi appelé Bâle I). Le rapport minimal de 8% entre le niveau des engagements pondérés et celui des fonds propres de la banque ne change pas entre Bâle I et II. Ce qui change sont les règles de pondération des engagements. Dans Bâle I, la grande majorité des actifs était pondérée à 100%. En bref, chaque fois que la banque octroie un crédit 100, elle met 8 en capital de côté. Dans Bâle II, la pondération pourra aller de 7.24% à 702.9% (voir le tableau dans le texte).

indéniablement d'une forte probabilité de recouvrement. Ceci est dû à une conjonction de trois facteurs : la valeur de l'immeuble hypothéqué qui excède substantiellement celle du prêt, la nature du bien immobilier qui rend son usure à court terme improbable et son détournement difficile, et la fiabilité de l'hypothèque qui repose sur un système de publicité à l'efficacité prouvée et qui rend prévisible l'issue d'un éventuel conflit de priorité sur le bien grevé.

Si l'on évalue le taux de récupération global (TRG) qui sera obtenu lors de la réalisation de l'hypothèque à 80%, les obligations réglementaires imposent à la banque une consommation en capital de 95,52.

4. Ce chiffre résulte d'un savant calcul de crédit qui commence par l'identification de la pondération résultant du croisement, sur le tableau suivant, entre probabilité de défaut et taux de récupération, soit : 39,8%.

TRG en %	0.03%	0.48%	1%	13.32%	21.81%
80	7.24%	29.2%	39.8%	122.0%	156.2%
70	10.85%	43.8%	59.6%	183.0%	234.3%
60	14.47%	58.4%	79.5%	244.0%	312.4%
50	18.09%	72.9%	99.4%	305.0%	390.5%
40	21.71%	87.5%	119.3%	366.0%	468.6%
30	25.33%	102.1%	139.2%	426.9%	546.7%
20	28.95%	116.7%	159.1%	487.9%	624.8%
10	32.56%	131.3%	178.9%	548.9%	702.9%

Tableau de sensibilité des pondérations aux paramètres de Bâle 2
©BNP Paribas.

Appliquée au crédit dans l'exemple étudié la pondération est égale à : $3.000 \times 39,8\% = 1.194$ en actif moyen pondéré (AMP), reflétant le montant du crédit en valeur absolue pondéré par les risques de crédit, de marché et d'exploitation identifiés dans l'opération envisagée.

En appliquant à l'AMP ainsi dégagé le ratio de solvabilité réglementaire : $1.194 \times 8\%$, l'on obtient le montant de fonds propres que la banque devra mettre de côté pour satisfaire à ses obligations réglementaires dans l'exemple d'un prêt de 3.000 garanti par une hypothèque, soit 95,52.

Or, ces fonds doivent être rémunérés selon le pourcentage déterminé par la banque comme retour sur investissement, par exemple à 5%, soit en valeur absolue 4,7.

5. Variions maintenant un paramètre de l'exemple précédent en prenant comme sûreté, non pas un immeuble, mais une voiture d'une valeur identique à celle de l'immeuble, soit 10.000. Tous les autres paramètres demeurent identiques. Il s'agit là d'une sûreté relativement aléatoire, notamment au regard de la nature circulante de l'actif, plus propice à la dépréciation, voire au détournement et de l'absence de fiabilité de la sûreté dans de nombreux pays qui ne sont pas dotés d'un système de publicité appropriée pour ce type de biens. La banque pourrait alors considérer que le taux de recouvrement par le biais de la réalisation de la sûreté sera de 10% de la valeur de la voiture.

En consultant à nouveau le tableau précédent, nous obtenons à partir du même croisement une pondération de 178,9%. Appliquée au crédit : $3.000 \times 178,9\%$, elle dégagera 5.367 en actif moyen pondéré. Le ratio de solvabilité imposera alors à la banque d'immobiliser $1.194 \times 8\%$, soit 429,36 en capital face à ce crédit. Ce capital doit être rémunéré selon le pourcentage déterminé par la banque comme retour sur investissement, 5%, soit en valeur absolue 21,46.

6. Une sûreté faible contraint donc la banque à consommer, pour un même crédit, un capital plus important qu'une sûreté forte (429,36 contre 95,52). En appliquant toujours le même retour sur investissement de 5%, la banque devra obtenir pour un même prêt de 3.000 une rémunération brute de 21,46 au lieu de 4,7 en conséquence de la seule variation de la force de la sûreté.

On le voit, le coût de rémunération du capital pour la banque, et donc le coût final du crédit pour l'emprunteur, est d'autant plus élevé que la sûreté est fragile.

7. C'est d'ailleurs bien pour paraître plus attractifs aux investisseurs étrangers, dont les financements internationaux, que les pays d'Europe de l'Est ont systématiquement accompagné leur transition vers une économie de marché de la promulgation d'un régime juridique moderne des sûretés mobilières. C'est le cas notamment des 26 pays qui ont adopté des lois modernisant leur régime des sûretés réelles d'après la loi-type de la BERD de 1994³.

8. Ceci amena tout naturellement la CNUDCI, lorsqu'elle décida de lancer en 2001 des travaux d'une ampleur sans précédent pour la rédaction d'un guide législatif sur les sûretés mobilières, à y associer les principaux dispensateurs de crédit, parmi lesquels les banques⁴. Ce choix stratégique eut pour effet de retenir, dès le démarrage des travaux, deux axes de travail qui vont marquer le Guide :

- (1) d'une part, en choisissant de traiter à pied d'égalité les droits des créanciers garantis qu'ils soient des banques ou des fournisseurs,
- (2) et d'autre part, en s'assurant d'appréhender adéquatement la réalité du crédit bancaire, y compris en ce qui concerne les sûretés portant sur des biens typiquement gérés par les banques. C'est le cas du solde de compte de banque, des crédits documentaires et des garanties bancaires.

Je m'attacherai dans cette contribution à développer plus particulièrement ces deux axes, en les illustrant par des exemples précis tirés du Guide.

I. L'égalité du traitement dans le Guide entre les sûretés de crédit bancaire et les sûretés de crédit fournisseur

9. Le système législatif de sûretés mobilières que propose le Guide est un système global, cohérent et fonctionnel.

Plutôt que de traiter différemment une sûreté selon la partie qui en bénéficie (banque ou fournisseur), le Guide propose un traitement uniforme quant à la création, aux effets et à la réalisation de toute sûreté ayant pour effet de conférer à un ou plusieurs créanciers un droit réel sur un ou plusieurs biens.

C'est ainsi qu'est affirmée, parmi les objectifs du Guide, « l'égalité de traitement des diverses sources de crédit ». ⁵ Et, effectivement, nulle part dans le Guide peut-on voir une solution différenciée selon que le preneur de sûreté soit une banque ou un fournisseur, un créancier national ou étranger.

Deux exemples tirés du Guide permettent d'illustrer cette égalité de traitement. Le premier concerne le conflit entre le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété et la banque bénéficiant d'une sûreté sur la créance de revente du bien. Quant au second, il porte sur le droit du financier d'acquisition de biens nouveaux en second lieu.

(A) Le droit sur la créance de revente

10. Le Guide CNUDCI fait une stricte application de la règle *prior tempore* pour la résolution des conflits de priorités. Devant un conflit entre, d'une part, un fournisseur bénéficiant d'une réserve de propriété prétendant revendiquer le prix de revente de son bien auprès de son acheteur et, d'autre part, une

³ Il s'agit des pays suivants : Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Bosnie Herzégovine, Bulgarie, Croatie, République Tchèque, Estonie, Géorgie, Hongrie, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Lituanie, Macédoine, Moldavie, Pologne, Roumanie, Russie, Serbie et Monténégro, République slovaque, Slovénie, Tadjikistan, Turkménistan, Ukraine, Ouzbékistan. Un aperçu des nouvelles lois désormais en vigueur dans ces pays est disponible sur le site de la BERD : <<http://www.ebrd.com/new/index.htm>>.

⁴ Mandat donné par la Commission au Groupe de travail VI sur les sûretés (56^e session, 2001).

⁵ Objectif (e). Affirmation reprise au Chapitre 10 sur le financement d'acquisition.

banque qui s'est fait céder par cet acheteur l'ensemble de ses créances, le Guide CNUDCI a tranché : c'est celui des deux qui aura publié son droit le premier qui aura priorité pour l'obtention du prix de revente.

11. Ceci contraste notablement avec la jurisprudence du BGH allemand qui accorde priorité au fournisseur avec réserve de propriété prolongée (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*) s'étendant au prix de revente par rapport au banquier cessionnaire des créances futures de l'acheteur, au nombre desquelles figure la créance du prix de revente, y compris lorsque la cession est conclue à une date antérieure à celle de la réserve de propriété⁶. En faisant échec aux droits du banquier cessionnaire privant d'effet la cession de la créance du prix de revente, les tribunaux allemands considèrent que celui-ci aurait dû se douter de l'existence d'une réserve de propriété prolongée, pratique quasi-systématique en Allemagne où aucune formalité de publicité n'est imposée. Cette solution ne change pas si le banquier cessionnaire a déjà été payé par le débiteur⁷.

12. A l'inverse, le droit français reconnaît le droit du cessionnaire sur la créance du prix de revente, mais seulement si ce prix lui a déjà été payé⁸. A l'inverse, si le prix est toujours dans les mains du sous-acquéreur et encore dû à l'acquéreur cédant du banquier, le fournisseur peut revendiquer le prix.⁹

13. On ne peut donc qu'approuver le choix de prévisibilité et de certitude qu'a fait la CNUDCI en retenant dans le Guide, comme seule clef pour les conflits de priorité, l'antériorité de l'accomplissement des formalités d'opposabilité de la cession de créance ou de la réserve de propriété.

(B) Les financements d'acquisition de biens nouveaux

14. Une autre manifestation du traitement égalitaire prévu dans le Guide entre le fournisseur et la banque de financement porte sur la sûreté prise sur un bien dont l'acquisition a été permise grâce au financement accordé par le créancier bénéficiaire de la sûreté.

Dans ce cas précis, le Guide accorde tant au fournisseur qu'à la banque la même dérogation à la règle *prior tempore* en permettant à leur sûreté (selon le cas, réserve de propriété ou gage) de bénéficier d'une (super) priorité sur les droits d'un autre créancier qui aurait antérieurement obtenu et publié sa sûreté sur la totalité des biens du débiteur.

15. Les lecteurs familiers du droit des sûretés aux Etats-Unis auront reconnu dans cette règle l'application de la priorité accordée par le Uniform Commercial Code au *purchase money security interest*¹⁰. Cette priorité, chère aux financiers d'actifs par rapport aux financiers de comptes d'exploitation, réfute d'ailleurs les mises en garde contre le monopole de crédit anti-concurrentiel auquel mènerait l'admission d'une sûreté globale sur l'ensemble du patrimoine actuel et futur du débiteur. Ce type d'argument *in terrorem* est, bien sûr, fallacieux. La pratique nord américaine très développée du financement d'acquisition de biens nouveaux, garantis par une priorité sur ces biens, le démontre, sans que l'on puisse objecter que la priorité ainsi accordée diminue l'assiette des sûretés prises par les créanciers antérieurs, puisque la nouvelle sûreté d'acquisition a permis un financement qui a augmenté le patrimoine du constituant.

16. Cette superpriorité exige toutefois la réunion de deux conditions :

- elle ne s'applique que sur le bien dont le financement garanti a permis l'acquisition,
- elle n'est opposable que si le créancier qui en bénéficie a accompli les formalités d'opposabilité nécessaires. Là aussi, la CNUDCI a privilégié la transparence et la prévisibilité.

⁶ BGH, 30 avril 1959, BGHZ 30, p.149 ; BGH 9 novembre 1978, VII ZR 54/77 (Düsseldorf), NJW 1979, p.365 ; BGH 15 avril 1987, BGHZ 100, p.353 ; R. Serick, « Les sûretés réelles mobilières en droit allemand », LGDJ, 1990, p.37 ; J.M. Hauptmann, « La cession Dailly en disgrâce auprès des juges suprêmes », Rev. Jur. Comm. 1992, p.55.

⁷ BGH 9 novembre 1978, VII ZR 17/76 (Stuttgart), NJW 1979, p.371.

⁸ Com. 11 décembre 1990, Bull. IV, n°322. La solution demeure la même lorsque le paiement est effectué par la remise de lettres de change acceptées, Com. 9 janvier 1990, Banque, n°504, 1990, p.428, obs. Rives-Lange.

⁹ Com. 20 juin 1989, Bull. IV, n°196.

¹⁰ UCC article 9 (§ 9-103 et § 9-324).

II. Le traitement des sûretés typiquement bancaires dans le Guide

(A) Le solde de compte de banque

17. Rarement une sûreté aura donné lieu à autant de controverses quant à sa validité que le nantissement du solde de compte de banque. Dans de nombreux pays, il est encore conceptuellement impossible de prendre une sûreté sur le solde de compte de banque. La raison, explique-t-on, en est l'incompatibilité de l'exigence classique de dépossession du constituant du gage et le principe du compte courant qui continue de fonctionner au profit de son titulaire jusqu'à son arrêt volontaire par l'effet de la faillite ou d'une voie d'exécution. Alternativement, on objecte que le principe de spécialité de l'objet de la sûreté fait obstacle à une prise de sûreté sur le solde du compte puisque celui-ci est susceptible d'évoluer tout au long de la vie de la sûreté au gré des remises et des retraits.

Il en résulte des applications bâtarde d'accords tripartites de retrait par lesquels le client donne à sa banque des instructions irrévocables d'agir selon les instructions du créancier bénéficiaire de la sûreté sur le solde de compte. L'effet est de créer un droit de créance sur le client et, dans la mesure où elle a pris un engagement, également sur la banque teneur de compte, mais pas de droit réel sur le solde de compte qui serait opposable au tiers saisissant ou à l'administrateur de la faillite.

18. Le même argumentaire a longtemps été soutenu en France. Le gage-espèces en résulta. Pour être efficace, cette sûreté prétorienne n'en évolue pas moins en parallèle du système législatif des sûretés réelles. Le gage-espèces semble d'ailleurs admirablement survivre à la réforme du 23 mars 2006 qui a pourtant introduit dans le Code civil français le nouvel article 2360 prévoyant la possibilité de prendre un nantissement sur le solde de compte de banque.

19. Au Royaume-Uni, la décision *Charge Card* a conclu à l'impossibilité conceptuelle pour une banque d'obtenir une sûreté (*lien*) sur la créance de restitution du dépôt en compte que son client a à son encontre, pour cause d'incompatibilité des titres de débiteur de la créance du dépôt bancaire et de créancier de la sûreté¹¹. Mal comprise, car ne portant que sur le droit de rétention¹², la décision a suscité un tollé qui a amené plusieurs pays du Commonwealth à promulguer leur propre législation anti-*Charge Card* affirmant la possibilité pour une banque de prendre une sûreté sur le solde de compte qu'elle détient pour son client¹³.

20. Ceci n'a pas empêché une autre cour d'appel au Royaume-Uni en 1996 de reprendre à son compte la conclusion de l'arrêt *Charge Card* à l'occasion de l'un des nombreux contentieux auxquels a donné lieu la faillite de BCCI. La Cour alla même jusqu'à élargir l'impossibilité conceptuelle à toute sûreté sur toute créance où le bénéficiaire de la sûreté serait aussi le débiteur : "a man cannot have a proprietary interest in a debt or other obligation which he owes another." Il a fallu attendre que la Cour Suprême, House of Lords, mette un terme à cette controverse en 1997 dans l'arrêt *Morris v Rayners (BCCI)* pour réhabiliter, en droit anglais, la sûreté sur solde de compte¹⁴.

21. Heureusement, aucun débat de la sorte ne vint bouleverser le travail de la CNUDCI pour concevoir les règles appropriées pour la sûreté susceptible de grever le compte de banque. Dès son introduction, le chapitre 16 du Guide dédié au compte de banque reconnaît l'importance du solde de compte comme objet privilégié de sûretés. Il s'agit là, en effet, de l'une des sûretés les plus largement utilisées dans les financements garantis, quel que soit leur sous-jacent. Le financement immobilier à

¹¹ *Re Charge Card Services Ltd* [1987] Ch 150; [1989] Ch 497 (CA).

¹² Ce qui n'en est pas moins absurde s'agissant d'une créance.

¹³ A titre d'exemple, Hong Kong Law Amendment and Reform (Consolidation) Ordinance Cap. 23, section 15A ("For the avoidance of doubt, it is hereby declared that a person ("the first person") is able to create, and always has been able to create, in favour of another person ("the second person") a legal or equitable charge or mortgage over all or any of the first person's interest in a chose in action enforceable by the first person against the second person, and any charge or mortgage so created shall operate neither to merge the interest thereby created with, nor to extinguish or release, that chose in action."). Des dispositions similaires ont été promulguées à Singapour (section 9A, Civil Law Act, Cap. 43), aux Bermudes (Charge and Security (Special Provisions) Act 1990), et aux Iles Cayman (Property (Miscellaneous Provisions) Law 1994).

¹⁴ *Morris v. Agrichemicals Ltd (Morris v. Rayners Enterprises Inc.)* (BCCI No. 8) [1997] 3 WLR 909, [1997] BCC 965, [1998] AC 214, [1997] 4 All ER 568, [1998] 1 BCLC 68 439 40.

travers l'encaissement de loyers sur un compte susceptible d'être nanti, le financement de projet avec les produits de vente de la production du projet venant au crédit d'un compte nanti au profit des prêteurs, et le financement du commerce international prenant souvent comme sûreté pour l'émission d'un crédit documentaire le solde de compte de banque du donneur d'ordre, en sont quelques exemples.

22. Le Guide qualifie le solde de compte, comme il se doit, de bien incorporel : la créance de restitution du dépôt d'avoirs en compte. Ceci évite les débats sur la nature de ce bien que d'aucuns ont qualifié de bien corporel¹⁵. Or, connaître le fonctionnement des circuits opérationnels des comptes de banque c'est savoir que les avoirs monétaires, fiduciaires ou scripturaux, que l'on dépose sur son compte ne peuvent rester isolés dans un réceptacle bien identifié au nom du déposant. Cet argent entrera dès son dépôt dans les fonds propres de la banque et, à la demande du déposant, sera restitué en équivalent, libérant ainsi le dépositaire de sa dette de restitution à l'égard du déposant.

Ce droit à restitution est une créance qui peut être donnée par le déposant en sûreté.

23. Quant aux formalités d'opposabilité de la sûreté sur compte, le Guide a fait le choix de retenir le concept de « control » développé dans le Uniform Commercial Code américain. Ainsi, outre la possibilité pour un créancier d'enregistrer sa sûreté dans le registre général des sûretés, celui-ci peut la rendre opposable (dans la mesure où elle porte spécifiquement sur un compte de banque) par le biais de l'un des trois moyens suivants :

- automatiquement lorsque le bénéficiaire de la sûreté est la banque teneur de compte¹⁶,
- par la conclusion d'un *control agreement* au titre duquel la banque s'engage à suivre les instructions du bénéficiaire de la sûreté et non du client titulaire du compte, et
- par la cession du compte au profit du créancier bénéficiaire de la sûreté. Cette cession se matérialise concrètement par la substitution du nom du créancier dans les registres de la banque à celui du déposant initial.

En cas de conflit, la priorité sera reconnue au créancier ayant rendu sa sûreté opposable par l'un des moyens de *control* au détriment de celui qui aurait rendu sa sûreté opposable sur l'ensemble du patrimoine du débiteur par simple enregistrement dans le registre général des sûretés.

24. Demeure à trancher la question du droit applicable à la création, à l'opposabilité, à la priorité, à la réalisation de la sûreté sur solde de compte de banque ainsi qu'aux droits et obligations de la banque teneur de compte. Le Groupe de travail de la CNUDCI n'a pas encore trouvé de consensus sur la règle de conflit idoïne, en l'occurrence :

- la loi du lieu d'établissement de la banque teneur de compte, y compris, lorsqu'il s'agit d'une succursale, la loi du lieu d'établissement de cette succursale, ou
- la loi choisie par le client déposant et la banque dépositaire pour régir la convention de compte.

25. La loi du lieu d'établissement de la banque teneur de compte est aujourd'hui la règle retenue dans la plupart des pays d'Europe, du Moyen-Orient, d'Afrique, d'Asie et d'Amérique Latine. Elle est sans doute la loi à laquelle mènerait l'article 4 de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles en tant que loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec la situation donnée. Elle est aussi la loi choisie par de nombreux autres textes européens portant sur les comptes de banque¹⁷. Elle est enfin la loi à laquelle se réfèreraient intuitivement les créanciers tentant d'appréhender le solde de compte par le biais d'une saisie. Toute prévisibilité serait assurément réduite à néant si l'on venait à résoudre le conflit de priorité entre tiers saisissant et créancier bénéficiaire d'une sûreté sur le solde de compte, non pas selon la loi de situation de l'élément le plus évident de l'objet du conflit, à savoir le compte, mais selon la loi régissant la convention de compte. Celle-ci, rappelons le, n'est connue

¹⁵ Didier MARTIN, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », Dalloz 1987, p229.

¹⁶ Dans certains pays, dont le Royaume-Uni, la banque créancière peut obtenir un résultat similaire par le biais de l'exception de compensation. Il ne s'agit toutefois pas d'une sûreté réelle.

¹⁷ Par exemple l'article 9 de la directive 2002/47/CE du Parlement et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (JO L 168 du 27.6.2002), l'article 9(2) de la directive 98/26/CE du Parlement et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement dans les opérations sur titre (JO L 166 du 11.6.1998) et l'article 24 de la directive 2001/24/CE du Parlement et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (JO L 125 du 5.5.2001).

que des seuls déposant et dépositaire et généralement stipulée dans un document couvert par le secret bancaire.

26. Inversement, à l'appui du choix de la loi régissant la convention de compte figure l'argument persuasif de la nécessaire conformité du choix de la règle de conflit avec la règle choisie par d'autres organisations internationales dans des domaines identiques ou similaires. Toutefois, la référence a été faite en l'espèce au choix de la loi régissant la convention de compte dans la Convention de La Haye ... pour les comptes de titres détenus indirectement par des intermédiaires!¹⁸ Or, rien n'est plus éloigné conceptuellement du compte d'espèces détenu par un déposant dans une succursale de banque que les instruments financiers détenus par une chaîne de multiples intermédiaires (et donc des comptes multiples).¹⁹ Les obligations du dépositaire, la passation du titre sur les biens en dépôts et l'opération du compte sont aussi radicalement différentes dans les deux cas. D'ailleurs, il est symptomatique de noter que le nouvel accord de Bâle attribue des pondérations différentes aux dépôts d'instruments financiers et à celui d'espèces sur un compte de banque.

27. Enfin, il faut se rappeler que la tenue de compte oblige la banque dépositaire à respecter des obligations comptables, fiscales et réglementaires, parmi lesquelles figure celle de mener les investigations nécessaires pour l'obtention d'informations suffisantes sur le titulaire du compte et ses activités. Toutes ces obligations émanent de réglementations strictement territoriales. Or, il est souvent difficile de séparer strictement de telles obligations réglementaires de celles qui pourraient s'imposer à la même banque dépositaire corollairement à la prise d'une sûreté sur ce compte, que ce soit à son profit ou au profit d'un créancier tiers. Le choix de deux règles de conflit, menant potentiellement à l'application de deux lois différentes, serait donc une source de risque juridique non négligeable pour l'activité de cette banque.

28. La CNUDCI doit se garder de la solution de facilité qui consisterait à laisser le choix entre les deux règles de conflit au législateur national sous prétexte qu'il s'agit d'un simple guide législatif. Elle doit tout autant veiller à ce que son choix final ne se fasse pas aux dépens des pratiques bancaires établies et des attentes légitimes des parties. Deux textes antérieurs de la CNUDCI font aujourd'hui les frais de choix malheureux allant à l'encontre des pratiques bancaires établies. Le premier est la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby dont l'article 20 préconise une exigence moins stricte pour les mesures provisoires que celle exigée pour la fraude. Le second est la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international dont l'article 22 propose de résoudre les conflits de priorité sur la créance cédée selon le droit du lieu de l'administration centrale du cédant, ignorant ainsi l'autonomie des succursales de banques. Le premier de ces textes a reçu huit ratifications seulement, le second une seule.

(B) Les engagements indépendants

29. Une partie des garanties indépendantes, des crédits documentaires et des lettres de crédit standby sont émis par des entreprises, généralement pour garantir leur filiale ou pour leur propre besoin, unifiant dans ce dernier cas le rôle de donneur d'ordre et d'émetteur. Néanmoins, dans leur grande majorité, les instruments indépendants sont émis par des banques. D'ailleurs, la pratique se réfère volontiers à « garantie *bancaire* » (plutôt que garantie indépendante) et « *banque* confirmante » (plutôt que « partie confirmante »).

¹⁸ Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire : Article 4 « 1. La loi applicable à toutes les questions mentionnées à l'article 2(1) est la loi en vigueur de l'Etat convenue expressément dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. (. . .) » Deux Etats ont signé la Convention à ce jour : les Etats-Unis et la Suisse. Aucune ratification n'est encore intervenue.

¹⁹ Lors des débats à la CNUDCI pour le choix de la règle de conflit pour la sûreté sur compte de banque, une délégation nationale a considéré qu'elle était dans l'obligation de se prononcer en faveur de la loi régissant la convention de compte par respect des conditions générales d'opérations de banque en vigueur dans son pays. Recherche faite, il s'est avéré que si, effectivement, ces conditions générales font un choix exprès du droit national, l'autonomie de la volonté n'était en l'espèce qu'un leurre ! En effet, le choix du droit national dans ces conditions générales est le corollaire direct du lieu de situation du compte de banque en question. Ces conditions générales limitent en vérité l'autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable au seul droit national du pays où le compte est tenu. Le choix est donc clairement fait en faveur de la loi du lieu d'établissement de la banque teneur de compte.

30. Les droits nés de ces engagements sont des biens qui peuvent fournir une assiette très appréciée pour la prise de sûretés. C'est le cas du bénéfice de l'engagement, c'est-à-dire le droit au tirage, et du produit de l'engagement, c'est-à-dire le droit au paiement une fois qu'une demande de tirage conforme est effectuée par le bénéficiaire initial.

31. Seules les sûretés sur le produit de l'engagement indépendant sont couvertes par le Guide. Il a été estimé en effet que le transfert (par novation) de la position contractuelle de bénéficiaire de l'engagement à un créancier intervient le plus souvent dans les ventes en chaîne de marchandises, où des intermédiaires de négoce ouvrent des crédits documentaires transférables pour pouvoir offrir « leur » crédit documentaire comme instrument de paiement à leur propre fournisseur. A ce titre, il a été décidé que le Guide ne couvrirait pas le transfert des engagements indépendants.

En revanche, une fois que le bénéficiaire nommé dans l'engagement a présenté une demande en paiement à l'émetteur de l'engagement, et que celui-ci a jugé la demande conforme, naît un droit au paiement qui est similaire au droit au paiement du prix dont dispose un vendeur à l'encontre de son acheteur. Ce droit est donc une créance appréhendable par des sûretés, avec tout de même des spécificités marquées du fait de la nature autonome de l'engagement de l'émetteur.

32. Ces spécificités ont donné lieu à un débat à la CNUDCI qui, heureusement, s'est réglé par un consensus en 2006. En substance, il s'agissait de décider s'il fallait recommander, dans le Guide, la création automatique, c'est-à-dire sans besoin d'un acte de création séparé, d'une sûreté sur le produit d'un engagement indépendant en corollaire de la création d'une sûreté sur la créance issue du contrat commercial sous-jacent.

En d'autres termes, un créancier qui se ferait céder la créance de prix issue d'un contrat de vente payable par crédit documentaire, obtient-il automatiquement un droit de cessionnaire sur le produit du crédit documentaire sans qu'il ait besoin de demander au bénéficiaire du crédit documentaire un acte séparé de cession du produit du crédit documentaire ?

Et si ce créancier effectue les formalités nécessaires pour assurer l'opposabilité de son droit de cessionnaire de la créance de prix du contrat de vente, son droit de cessionnaire sur le produit du crédit documentaire sera-t-il automatiquement opposable, là aussi sans qu'il ait besoin d'effectuer des formalités d'opposabilité séparées ?

33. Une réponse affirmative présente un avantage indéniable dans le cadre de cessions de créances en masse qui peuvent porter sur des dizaines de millions de créances, comme dans le cas de titrisations de créances de cartes de crédit. A l'évidence, il serait utopique que l'on exige d'extraire de la masse les créances d'engagements indépendants pour les traiter séparément, par exemple en exigeant leur cession par un contrat séparé ou leur notification ou enregistrement séparés.

34. Certains esprits rationnels ont tenté de chercher, en outre, une explication en droit à cette création automatique. Pour cela, ils ont relevé que dès lors que l'émetteur de l'engagement indépendant continue de traiter avec le bénéficiaire initial, s'agissant d'une sûreté sur le seul produit de l'engagement et non de son bénéfice, peu lui importe de payer entre les mains d'un cessionnaire. De toutes façons, ont-ils relevé aussi, le Guide recommandera que toutes les protections soient prises pour que l'émetteur de l'engagement ne subisse aucune aggravation de sa situation juridique du fait de cette création automatique. Ils citent, à titre d'exemple, le droit de l'émetteur de payer le produit de son engagement dans les mains du bénéficiaire initial tant qu'il n'a pas accepté la cession.

35. Pour intéressante qu'elle soit, l'explication ne convainc pas. Une jurisprudence séculaire explique par la règle de l'accessoire qu'une sûreté sur un bien puisse grever automatiquement un autre bien. C'est le cas notamment du gage et du cautionnement qui sont donnés en garantie d'une créance. La cession de cette créance emporte attribution automatique au profit du cessionnaire des droits du cédant à l'encontre de la caution et ceux sur l'objet gagé. Mais, précisément, il s'agit ici d'une relation qui se place aux antipodes de la règle de l'accessoire, puisque l'engagement dont il s'agit est par hypothèse indépendant.

36. Force est d'admettre qu'aucune justification ne peut être trouvée dans les théories classiques du droit. La création automatique ne peut donc être obtenue que par l'effet d'une loi qui l'imposera

péremptoirement. Un exemple d'une telle intervention législative pour créer le réceptacle nécessaire permettant de satisfaire une demande de la pratique peut être trouvé dans l'issue du débat sur la subrogation dans les crédits documentaires. Niée en droit suisse²⁰, acceptée par la jurisprudence française²¹, la subrogation automatique de l'émetteur *solvens* dans les droits du bénéficiaire *accipiens* à l'encontre du débiteur donneur d'ordre a été introduite en droit américain par le changement de l'article 5-117 du Code de commerce uniforme avec, pour seule justification, le pragmatisme.

²⁰ Tribunal fédéral, 1^{er} juin 2004, *Emirates Bank c. Crédit Lyonnais*.

²¹ C'est le résultat de la lecture résolument libérale que fait la Cour de cassation de l'article 1251-3 du Code civil, cf. Civ. 1^{re}, 27 mars 2001, Bull. n°90; Civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, Bull. n°200; Civ. 2^e, 1^{er} février 1981, Bull. n°33; Com. 5 octobre 1993, Bull. n°324. Pour une application aux garanties indépendantes, Paris, 8^e D, 25 septembre 1996, *Paribas c. ARM Conseil*, inédit.