

La *House of Lords* clarifie la position du droit anglais

Lynda Elms

Solicitor

Slaughter and May, Londres

La récente décision de la *House of Lords* (1) dans l'affaire *Morris & Ors v Rayners Enterprises Incorporated and Another and Morris v Agrichemicals Limited & Another* (2), connue sous le nom d'«Arrêt BCCI (n° 8)» est importante à un double titre.

D'une part, elle clarifie les circonstances dans lesquelles un créancier peut demander le remboursement d'un prêt garanti par un dépôt en numéraire effectué par un tiers sans être obligé d'opérer au préalable une compensation entre le dépôt et le prêt.

D'autre part, elle opère un revirement par rapport à la jurisprudence très critiquée : *Charge Card Services Limited* (3) dans laquelle le juge Millett décida que le nantissement (*charge*) par un client en faveur d'une banque des espèces déposées par ce dernier auprès de cette même banque, était «conceptuellement impossible» et, de ce fait, nul ; cette jurisprudence jetait ainsi un doute sur la possibilité pour une banque de recevoir en nantissement une somme d'argent déposée chez elle (par opposition au nantissement d'une somme d'argent déposée chez un tiers). Il est désormais entendu que des nantissements de ce type (connus sous le vocable de *charge-back*) constituent des garanties efficaces.

Charge Card a conduit la pratique à utiliser pour les dépôts de garantie un «cocktail» composé de trois ingrédients. Cette formule comprenait : a) une *charge-back*, b) une clause de *flawed asset* autorisant la banque à conserver le dépôt jusqu'à ce que l'emprunteur ait satisfait à toutes ses obligations et c) une convention de compensation (le mécanisme de ces garanties sera développé ci-après). La théorie qui prévalait était que si l'une de ces garanties (par exemple la *charge-back*) tombait, l'efficacité d'au moins l'une des deux autres serait reconnue. L'arrêt BCCI (n° 8) rend désormais inutile dans la majorité des cas cette construction.

1. La nature juridique du *charge-back*

En Droit anglais, lorsqu'une somme d'argent est déposée en banque, la propriété de celle-ci est automatiquement transférée à la banque. En lieu et place de cette somme d'argent le déposant dispose d'un droit de créance (*chose in action*) consistant en une dette de la banque envers lui, et la relation entre la banque et le déposant est une relation de débiteur à créancier. Si le déposant donne en nantissement

cette somme d'argent à la banque, il crée de cette façon un nantissement en faveur de son propre débiteur qui porte sur la dette qui lui est due par celui-ci.

La nature d'un tel nantissement est telle que, sans aucun acte de cession en faveur de la banque, le compte du déposant est immédiatement affecté au paiement d'une dette due à la banque. La banque obtient ainsi un droit de recours pour le paiement de cette dette. Si toutes les conditions du nantissement sont réunies dans le cas où le bénéficiaire du nantissement est le débiteur de la créance de restitution du solde du compte, alors ce même débiteur est considéré comme ayant un droit réel (*proprietary interest*), issu du nantissement, sur cette créance.

Le débat autour de la jurisprudence *Charge Card* tourna autour de la question de savoir si le *charge-back* en question conférait un droit réel (*proprietary interest*) de cette nature.

2. *Charge card* : les fondements du problème

La situation était la suivante : une société de cartes de crédit («la Société») distribuait aux détenteurs de compte des cartes pour l'achat de carburant dans les stations-service ayant passé un accord avec la Société. La Société avait également conclu un contrat avec une société d'affacturage en vertu duquel le factor rachetait à un prix réduit, toutes dettes, présentes ou futures, qu'avaient les détenteurs de carte de crédit envers la Société. Le contrat prévoyait certains droits de rétention : le premier en faveur du factor portait sur le compte courant que celui-ci devait maintenir ; le second était destiné à couvrir le prix de rachat dû par la Société dans le cas où celle-ci tomberait en liquidation judiciaire et où le factor exigerait le rachat par la Société des créances en cours.

La Société tomba alors en liquidation judiciaire. La principale question était de déterminer si la Société de cartes de crédit pouvait donner en nantissement à la société d'affacturage avec laquelle elle était en relation, les sommes figurant dans le compte courant ; en d'autres termes, est-ce qu'un débiteur (en l'espèce, la société d'affacturage), pouvait recevoir en nantissement sa propre dette (au titre du compte courant de la Société dans ses livres) ?

Le liquidateur soutenait que les droits de rétention avaient la nature de nantissements de créances (*charge on book debts*) et que ceux-ci étaient nuls faute d'avoir été enre-

gistrés comme l'exige la Section 395 Companies Act 1985 (4) («Section 395»).

Le juge Millett décida que le second droit de rétention mettait en œuvre un mécanisme de compensation. Toutefois, bien qu'il admit que le montant dû par le factor était une créance (*book debt*), il en déduisit que ce droit ne pouvait être nanti en faveur du factor lui-même «*pour la simple raison que le nantissement en faveur d'un débiteur de la dette de ce dernier à l'égard du constituant est conceptuellement impossible*».

Dans la conception du juge, cette position se justifiait par le fait qu'aucun droit réel sur le compte nanti n'avait été constitué au profit de la banque bénéficiaire. Il manquait de ce fait un élément essentiel au nantissement. Le juge Millett fondait sa conclusion sur l'idée que l'on ne peut détenir un droit sur une dette ou toute autre obligation que l'on doit déjà à quelqu'un d'autre.

Cette conception découle d'une approche hautement technique : la dette, considérée comme une obligation, est cessible mais toute tentative de la céder à la banque débitrice de la restitution du solde du compte serait inefficace ou éteindrait la dette ; la banque ne pouvant acquérir un droit sur une dette dont elle-même est redevable vis-à-vis du déposant. L'orthodoxie de cette approche reste contestable. En effet, on pourrait soutenir que, dans la mesure où les sommes déposées n'avaient pas été totalement transférées à la banque, elles étaient simplement transférées à titre de nantissement. Ainsi, le droit de propriété n'aurait pas été transféré à la banque et le déposant aurait conservé un droit de remboursement de son dépôt. De ce fait, quand bien même une personne détiendrait deux types de droits sur le même bien, il n'y aurait pas confusion automatique de ces droits.

3. Les conséquences de la décision *Charge Card*

Cette décision créa un climat d'incertitude dans la communauté bancaire, les banques devant faire appel à d'autres concepts juridiques afin de prendre des sûretés sur des soldes créditeurs de comptes. Comme nous l'avons vu ci-dessus, ces circonstances entraînèrent rapidement l'émergence et la diffusion du «cocktail» comprenant : un *charge-back* (dans l'espoir que *Charge Card* connaîtrait un renversement de jurisprudence) ; une clause de *flawed asset* (autorisant la banque à opérer un droit de rétention sur le dépôt jusqu'à ce que l'emprunteur ait satisfait à toutes ses obligations) ; et une convention de compensation (autorisant la banque à compenser sa dette avec une créance de la société).

4. Le débat juridique qui s'ensuivit

De nombreux commentateurs juridiques se sont penchés sur la question de savoir si cet aspect de la jurisprudence *Charge Card* avait été correctement appréhendé. Goode (5) déclara la décision justifiée ; mais un nombre impressionnant d'autres commentateurs faisant autorité dans le domaine, et parmi eux Hapgood (6) et Wood (7) déclarèrent que cette décision était contestable.

Les partisans de la doctrine de l'impossibilité conceptuelle s'appuyaient sur le jugement de la cour d'appel et de la *House of Lords* dans l'arrêt *Halesowen Presswork et Assemblies Ltd v National Westminster Ltd* (8). Les passages se référant à ce problème évoquent sans ambiguïté le fait qu'il

s'agisse d'une erreur de langage de dire qu'une banque a un droit («lien») sur sa propre dette envers un client. Cependant, ces observations paraissent se référer à l'utilisation du mot «lien» qui s'apparente au droit de rétention d'un bien, plutôt qu'à la question de savoir si la banque peut ou non posséder un quelconque droit réel.

Par opposition, le juge Dillon dans la décision de cour d'appel *Welsh Development Agency v Export Finance Company Ltd* (9) remarquait qu'il ne voyait aucun fondement dans la décision du juge Millett pouvant laisser dire qu'un nantissement en faveur d'un débiteur sur sa propre dette était conceptuellement impossible. Par la suite, dans la décision *High Street Services Ltd v Bank of Credit and Commerce International SA* (10), le même juge cita trois autres décisions dans lesquelles l'efficacité des *charge-backs* était reconnue et dans lesquelles aucune mention de *Charge Card*, ni aucune expression de doute sur le fait de savoir si le concept de *charge-backs* était applicable dans les circonstances particulières de ces trois cas, ne figurait. Sur un certain nombre de places étrangères accueillant une forte activité bancaire, tel que Hong-kong, Singapour, les Bermudes, ou les Îles Caïman, des dispositions législatives furent votées afin de neutraliser l'effet de la jurisprudence *Charge Card*.

Pour sa part, le Legal Risk Review Committee instauré en 1991 par la Bank of England pour identifier les zones d'incertitude dans la réglementation des marchés financiers, confirma l'existence de sérieuses inquiétudes soulevées par *charge card*. Dans son rapport (11), il exprima l'idée qu'aucune règle ni aucun principe de droit ne s'opposaient à ce qu'un créancier puisse nantir une créance (la créance de restitution du solde du compte) en faveur de son débiteur (la banque).

Devant la pression grandissante de la communauté bancaire, il devint évident que les tribunaux auraient à reconsidérer cette décision. L'opportunité se présenta finalement d'elle-même par le biais de la décision de cour d'appel dans le cas *BCCI* (n° 8) malgré le fait que ce cas concernait principalement des opérations de compensation en cas d'insolvabilité.

5. *Charge-backs* : divergence de vue entre la cour d'appel et la *House of Lords*

La cour d'appel, en réponse à la pression des milieux bancaires, avait exprimé un avis sur la validité des *charge-backs* bien que ce ne fut pas strictement l'objet du débat. Étonnamment, cette décision confirmait la décision du juge Millett selon laquelle un débiteur ne pouvait avoir un droit réel (*proprietary interest*) sur sa propre dette sans que celle-ci s'éteigne, faute d'être en mesure d'intenter une action judiciaire contre lui-même.

La *House of Lords*, sollicitée pour trancher de manière définitive la question de la validité des *charge-backs*, reconsidéra l'analyse effectuée par la cour d'appel sur ce sujet bien que cela ne fut pas nécessaire en l'espèce. Au grand soulagement de (presque) tout le monde, elle rejeta la doctrine de l'«*impossibilité conceptuelle*». Son raisonnement fut le suivant :

- le droit d'un déposant d'exiger le remboursement du dépôt est un *chose in action*, reconnu en droit comme un droit patrimonial (*property*) ;
- un tel droit peut valablement être nanti au profit d'un tiers ;
- le droit sur lequel porte le nantissement a les caractéristiques d'une *equitable charge* et dans un tel cas, il n'est pas exclu que ce droit soit une dette dont est redevable le bénéficiaire du nantissement ;

- seule la méthode de réalisation du nantissement pourrait différer, dans un cas elle opérerait par inscription en compte ; dans d'autres cas, le bénéficiaire du nantissement devra le plus souvent en demander le paiement au débiteur ;
- par conséquent, si toutes les caractéristiques d'une *equitable charge* peuvent exister malgré le fait que le bénéficiaire du nantissement est le débiteur, on peut en déduire que le débiteur jouit bien d'un droit réel (*proprietary interest*) sur la dette par l'effet du nantissement.

Lord Hoffmann affirmait par ailleurs de manière catégorique que dans le cas où il n'y a d'atteinte, ni à la cohérence du droit, ni à l'ordre public, les tribunaux devraient être extrêmement réticents à déclarer qu'une création de la pratique est conceptuellement impossible.

6. L'efficacité de la clause de *flawed assets* ainsi confirmée

La cour d'appel et la *House of Lords* ont toutes deux examiné le troisième ingrédient du « cocktail », la clause de *flawed assets*. Bien que la cour d'appel ait fermement maintenu le concept de « l'impossibilité conceptuelle » des *charge-backs*, elle a cependant accepté que la convention produise l'effet d'une garantie efficace du fait de l'existence d'une clause du contrat limitant le droit au remboursement du dépôt. Cette clause devait ainsi octroyer à la BCCI une protection similaire à celle d'un nantissement. Lord Hoffmann confirma cette analyse.

7. Conséquences de la décision

La décision de la *House of Lords* dans l'arrêt BCCI (n° 8) tend à montrer que dans la plupart des cas il sera possible de revenir à la forme des dépôts de garantie en usage avant la jurisprudence *charge card*.

Il est tout de même à noter que :

- un élément déterminant de l'analyse de Lord Hoffmann est que la *charge-back* n'opère pas de transfert de titre par le constituant. En conséquence, il conviendra de faire en sorte que le contrat ne soit pas rédigé comme une cession (*assignment*) ou un gage (*mortgage*), ayant pour effet de transférer le titre d'un bien. Dans ces derniers cas, on prendrait le risque de retomber sous le coup de la critique de l'« impossibilité conceptuelle » ;
- dans certains cas, il faudra prévoir autre chose qu'une simple convention de nantissement. Tel est le cas :
 - quand le déposant a accordé une sûreté négative (*negative pledge*) empêchant l'octroi de tout nantissement (ou lorsque le déposant veut éviter l'enregistrement du nantissement) ; une clause de *flawed assets* pourrait, le cas échéant, constituer une alternative (dans le cas contraire, le recours à

(1) La *House of Lords* est la juridiction suprême en Grande-Bretagne. A la différence de la Cour de cassation, la *La House of Lords* statue en dernier ressort sans renvoi devant une cour d'appel.

(2) [1997] 4 All ER.

(3) [1986] 3 All ER.

(4) Selon la Section 395 Companies Act 1985, les particularités de certains nantissements, y compris les dettes inscrites en compte (*book debts*) créés par les sociétés enregistrées en Angleterre et au Pays-de-Galles, doivent être enregistrées dans le Registre des Sociétés dans un délai de 21 jours après la date de leur inscription. Les détails en sont alors portés dans un registre public. Tout manquement à ces obligations rend le nantissement nul à l'égard du liquidateur (ou de l'administrateur)

une compensation contractuelle devrait être envisagée),

- quand le dépôt n'a pas à être restitué au déposant après le remboursement de l'emprunt qu'il garantissait ; dans cette situation, les difficultés potentielles peuvent être évitées en incorporant une clause de *flawed assets*,
- quand un moratoire a été imposé à la suite de l'ouverture d'une procédure collective ; dans un tel cas, il n'est pas possible de procéder à la réalisation du nantissement, toutefois, une compensation peut être exercée,
- quand il y a un risque que la sûreté soit requalifiée en *floating charge* (sûreté sans dépossession portant sur un ensemble fluctuant d'actifs) (par exemple si le montant des sommes déposées a varié du fait des opérations du déposant) ; dans un tel cas les créanciers privilégiés seraient prioritaires par rapport à la banque, une compensation devra donc être prévue,
- de même, si un nantissement pouvait être contesté par l'administrateur ou le liquidateur, pour avoir été créé dans les douze mois précédant la cessation des paiements du débiteur (l'administrateur ou le liquidateur aurait alors la libre disposition des espèces déposées).

La décision ne répond pas à la question de la nécessité ou non d'enregistrer le nantissement en vertu de la « Section 395 ». Notons toutefois que Lord Hoffmann relève que Lord Hutton avait suggéré dans l'arrêt *Northern Bank v Ross* (12) que dans le cas de dépôts bancaires, l'obligation d'enregistrement ne devrait pas être obligatoire. Eu égard à l'absence de clarté juridique de cette question, il serait prudent de continuer à enregistrer de telles sûretés. Cela garantirait que la somme concernée puisse plus tard être considérée comme une créance (*book debt*) ou, dans le cas d'un nantissement d'un compte dont le montant reste variable, que le gage puisse être un *floating charge*.

* * *

Considérés ensemble, les jugements de la cour d'appel et de la *House of Lords* dans l'arrêt BCCI (n° 8) produisent un résultat qui aboutit à une position optimale pour les prises de garanties : la *House of Lords* a effectivement rendu une décision sans équivoque selon laquelle il est possible pour les banques et d'autres institutions de prendre en nantissement une dette due à des tiers, et d'acquiescer les droits, associés en Droit anglais, au concept de nantissement ; la *House of Lords* a également confirmé l'affirmation de la cour d'appel concernant l'efficacité de la compensation (*set-off*) ainsi que de la clause de *flawed asset*. La décision de la *House of Lords* dans l'arrêt BCCI (n° 8) démontre que dans de nombreux cas il sera possible de revenir à la forme des dépôts de garantie couramment utilisée avant la jurisprudence *Charge Card* ; et que cela pourra être effectivement renforcé par la clause de *flawed asset* et la convention de compensation lorsque des précautions supplémentaires sont nécessaires. ■

et de tout créancier de la société.

(5) Goode, « Legal Problems of Credit and Security », 2nd Edition (1988).

(6) « Paget's Law of Banking », 11th Edition (1996).

(7) Wood English and International Set-off, 1st Edition (1989) ; Three Problems of Set-off : Contingencies, Build-ups and Charge-Backs ; Company Lawyer 1987 8(6) 262-269.

(8) [1972] AC 785.

(9) [1992] BCLC 148.

(10) [1993] 3 All ER.

(11) *Legal Risk Review Committee*, Final Report, Appendix 2, October 1992.

(12) [1990] BCC 883.