

# La garantie intrinsèque pour sûreté de l'accréditif documentaire ou de la lettre de crédit commerciale



**Paul Villeroil**  
Responsable d'unité  
Direction juridique du Groupe  
Crédit lyonnais

**L**a banque qui émet un crédit documentaire irrévocable s'engage juridiquement à l'égard du bénéficiaire dès la notification de l'accréditif ou de la lettre de crédit commerciale (1). Dès ce moment, en effet, le bénéficiaire de l'accréditif dispose d'un droit direct et autonome à l'encontre du banquier émetteur (2). Il en va de même pour la banque confirmatrice du crédit documentaire qui, elle aussi, est obligée directement vis-à-vis du bénéficiaire à partir de cet instant.

Hormis le cas de fraude née du défaut d'authenticité ou de sincérité des documents, la banque émettrice comme la banque confirmatrice ne peuvent refuser d'exécuter leur engagement au motif qu'un litige viendrait à opposer l'acheteur – donneur d'ordre du crédit documentaire – au vendeur – bénéficiaire de l'accréditif. Un tel principe, traditionnel, a été consacré par une jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation (3), depuis lors régulièrement confirmée (4). A l'inverse, lorsque les documents sont affectés d'irrégularités, la banque n'est pas tenue de se renseigner sur le sort du contrat sous-jacent afin de vérifier si, en dépit de celles-ci, il a été correctement exécuté (5).

C'est là une conséquence de l'indépendance qui existe entre le crédit documentaire et le contrat commercial sous-jacent dont il assure le règlement. La résolution du contrat de base, elle-même, est sans incidence sur l'exécution du crédit documentaire (6). Une indépendance que l'on rencontre aussi entre la lettre de crédit *stand by* ou la garantie indépendante et le contrat de base pour la parfaite exécution duquel elles sont souscrites.

Pareillement, la banque confirmatrice ne peut refuser – ou différer – le paiement au motif que les fonds ne lui sont pas versés, soit parce que la banque émettrice fait l'objet d'une procédure de «faillite», soit parce qu'une mesure de contrôle des changes l'empêche d'être remboursée par suite d'une interdiction de transfert (7). Une clause subordonnant l'engagement de la banque confirmatrice au transfert des fonds par la banque émettrice a néanmoins été jugée licite (8).

Bien sûr, la banque émettrice ne peut refuser de payer le bénéficiaire ou de rembourser la banque confirmatrice au motif que le donneur d'ordre serait insolvable. Cette solution qui est de l'essence même du crédit documentaire a été consacrée par une jurisprudence désormais classique (9). Son corollaire est le défaut de recours de la banque créditrice contre le bénéficiaire (10).

Les banques étant engagées juridiquement – et financièrement – peuvent-elles se prémunir contre le risque de non-remboursement du donneur d'ordre si celui-ci vient à faire l'objet d'une procédure collective notamment ?

Bien que l'ouverture d'un crédit documentaire soit faite par la banque émettrice à la demande du donneur d'ordre, et cela notamment en fonction de ses fonds propres et de sa structure financière, elle peut cependant vouloir assortir son engagement d'une garantie. En matière de crédit documentaire, les garanties qui peuvent fortifier l'obligation de la banque sont de natures variées. C'est ainsi que les sûretés procurées par les négociants internationaux sont très spécifiques. Leur capacité financière étant souvent dérisoire eu égard au montant des accréditifs qu'ils demandent aux banques de souscrire, la véritable garantie réside alors dans leur connaissance approfondie des marchés concernés, dans leur aptitude à anticiper les évolutions des cours, dans leurs qualités de négociation...

La banque qui émet un crédit documentaire, ou qui le confirme, a donc une approche différente de celle qu'elle a lorsqu'elle consent un concours bancaire classique. Une différence de perception que l'on rencontre aussi dans les financements de projet. Ce n'est pas la situation financière des concepteurs de celui-ci qui est déterminante ni les garanties traditionnelles qui peuvent être prises sur certains actifs, mais l'aptitude de l'opération à générer des ressources propres à rembourser les banques, c'est-à-dire la rentabilité de l'opération projetée elle-même.

Comme pour tout autre concours bancaire – crédit d'équipement, crédit de trésorerie, facilités de caisse, engagement par signature – la banque émettrice d'un crédit docu-

mentaire peut prendre une sûreté traditionnelle. Bien sûr, la garantie la plus simple consistera à demander au donneur d'ordre de verser une provision égale au montant du crédit documentaire (11) ou de constituer un «gage espèces» égal au montant de l'accréditif pour sûreté de celui-ci. La reconnaissance de la validité de la compensation en matière de «gage-espèces» (12) ainsi que du pacte comissoire (13) confirment l'intérêt pratique de cette sûreté. Une situation qui se rencontre cependant rarement, tant il est vrai que le crédit documentaire est de nos jours plus un instrument de financement qu'un instrument de paiement du bien acquis.

Le banquier pourra recourir également à l'une des sûretés classiques utilisées pour garantir les concours bancaires de quelque nature qu'ils soient. Celles-ci consisteront en l'octroi de garanties personnelles, cautionnement des dirigeants par exemple, ou bien de garanties réelles, hypothèque, nantissement sur fonds de commerce, nantissement titres, ce dernier ayant été facilité par la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières qui a modifié l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 (décret n° 97-509 du 21 mai 1997).

Néanmoins en matière de crédit documentaire, l'engagement bancaire résultant de l'émission ou de la confirmation de l'accréditif peut être garanti par les biens eux-mêmes dont le crédit documentaire permet l'acquisition. Il s'agit en quelque sorte d'une garantie «intrinsèque».

Se présente alors la difficulté traditionnelle liée à la valeur économique de la sûreté prise sur de tels biens. Il y a lieu, tout d'abord, de veiller à ne pas surestimer la valeur des biens pris en garantie. Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que la sécurité offerte par une garantie est essentiellement fonction de la valeur de réalisation du bien affecté. C'est ainsi que si le bien fait l'objet d'un marché étroit, la vente se révélera souvent délicate et le risque de portage ne devra pas être omis. C'est la difficulté, bien connue, que l'on rencontre en matière de crédit-bail lorsque celui-ci est destiné à financer l'acquisition d'une machine conçue spécialement pour un client déterminé. Le banquier doit donc s'attacher à prendre une garantie sur des biens facilement cessibles et faisant, si possible, l'objet d'une cotation officielle.

Cependant, même si le bien donne lieu à un marché très large, toute incertitude n'est pas pour autant écartée. Son prix de vente pourra, en effet, être affecté par des fluctuations de cours. On peut cependant obvier à la volatilité de certains cours en procédant à une couverture à terme toutes les fois que la marchandise fait l'objet d'un marché réglementé.

Si, par conséquent, le problème lié à l'intérêt pécuniaire de cette garantie «intrinsèque» n'appelle pas beaucoup de commentaires, il en va différemment du problème lié à sa valeur juridique. Se pose en effet le double problème de savoir d'une part, à partir de quel moment le donneur d'ordre est en droit de consentir des sûretés efficaces sur les biens objet du crédit documentaire (I) et, d'autre part, quelle est la valeur de ces sûretés (II).

## I Conditions d'affectation de la garantie intrinsèque

Pour qu'une garantie puisse être consentie par le donneur d'ordre sur le bien acquis grâce au crédit documentaire il importe, naturellement, qu'il soit propriétaire de celui-ci. Même si le crédit documentaire est destiné à assurer au vendeur le paiement du prix, il peut avoir intérêt à demeurer propriétaire aussi longtemps qu'il n'aura pas été effectivement payé.

Bien sûr lorsque le crédit documentaire est réalisable, documents contre paiement, le vendeur n'est pas juridiquement fondé, et n'a d'ailleurs pas d'intérêt pratique, à s'opposer au transfert de propriété dès lors que les documents sont levés sans réserve. Il en va peut-être différemment lorsqu'il ne bénéficie que d'un paiement sous réserve en raison d'irrégularités affectant certains documents. En ce cas, il ne recevra en effet qu'un paiement conditionnel sur lequel la banque réalisatrice sera en droit de revenir si le donneur d'ordre soulève les mêmes réserves. Il en va sans doute différemment aussi toutes les fois que le vendeur ne reçoit pas le paiement du prix concomitamment à la remise des documents. Tel est évidemment le cas lorsqu'il ne bénéficie que d'un crédit à paiement différé. Tel peut être également le cas lorsqu'il bénéficie d'un crédit documentaire réalisable contre acceptation. Les mesures locales de contrôle des changes, voire le risque de défaillance de certaines banques peuvent en effet justifier de la part du vendeur le maintien de son droit de propriété.

En pratique, le problème se pose donc de savoir à partir de quel moment la propriété de la marchandise est transférée à l'acheteur. Se présente également une autre difficulté, liée au transfert de propriété, qui est celle du transfert des risques. Comme l'on sait la notion de risque recouvre, d'une part, la perte ou la détérioration d'un bien hors de toute intervention de l'acheteur ou du vendeur et, d'autre part, les dommages que le bien peut causer aux tiers. Aussi convient-il de se préoccuper également de connaître l'époque à laquelle les risques sont eux-mêmes transférés.

On rappellera que dans les ventes les plus simples soumises au droit français interviennent de manière concomitante l'accord du vendeur et de l'acheteur sur la chose et sur le prix, le versement du prix par l'acheteur, la remise de la chose par le vendeur, le transfert des risques. Dès cet instant, c'est l'acheteur, et non plus le vendeur qui supportera, d'une part, les conséquences notamment financières de la détérioration de la chose et, d'autre part, les dommages causés aux tiers par celle-ci.

Toutefois dans les ventes conclues entre commerçants, ces quatre notions sont rarement concomitantes. Il est néanmoins important, en particulier pour les banques, de connaître avec précision la date à laquelle la vente intervient :

- d'une part, parce que si des variations de prix viennent affecter à la baisse la valeur de la marchandise, le vendeur prétendra que la vente est déjà intervenue, alors que l'acheteur soutiendra qu'elle n'a pas encore eu lieu,
- d'autre part, si la marchandise subit une perte ou une détérioration, le vendeur et l'acquéreur chercheront à éluder les conséquences de celles-ci en soutenant qu'ils ne sont plus ou pas encore propriétaires.

La difficulté est accrue par le fait qu'en matière de crédit documentaire la vente est internationale, c'est-à-dire qu'elle offre des points de rattachement à différents systèmes juridiques.

Il est essentiel par conséquent de savoir sous l'empire de quelle loi la vente sera placée. Fort heureusement, la plupart des pays industrialisés ont ratifié «*la convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*» du 15 juin 1955 entrée en vigueur en France le 1er septembre 1964 (14).

La convention prévoit dans son article 2 alinéa 1 que «*la vente est régie par la loi du pays désigné par les parties contractantes*», c'est la loi d'autonomie classique en matière contractuelle (15).

A défaut de choix exprès l'article 3 § 1 dispose que «*la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement. Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis voyageur.*»

Ce système a été complété pour les États de l'Union européenne par la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles conclues après le 1er avril 1991 (16). Ici encore aux termes de l'article 3 les parties sont libres de choisir la loi qui gouverne leur contrat, l'article 4 désignant toutefois celle-ci en cas de défaut.

Enfin un droit substantiel a été élaboré en faveur des opérateurs par «*la convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*» faite à Vienne le 11 avril 1980 et entrée en vigueur en France le 1er janvier 1988 (17).

Bien que ne résolvant pas toutes les difficultés auxquelles la pratique est confrontée, cette convention tend à constituer un droit uniforme de la vente commerciale internationale – à l'image des Règles et usances en matière de crédit documentaire – qui donne des solutions de fond sur la vente internationale de marchandises (formation de la vente, obligation du vendeur, obligation de l'acheteur...). Ici encore les parties ont la faculté aux termes de l'article 6 d'exclure son application ou de déroger à certaines de ses dispositions.

Comment s'opèrent le transfert de propriété et le transfert des risques selon le droit commun (A) et selon la volonté des parties (B) ?

## **A Transfert de propriété et transfert de risques : les solutions posées par le droit commun**

Il convient de souligner que le transfert de propriété n'est réglé ni par la convention de La Haye du 15 juin 1955 ni par la convention de Vienne du 11 avril 1980 ni par la convention de Rome du 19 juin 1980. Si la convention de La Haye précise en son article 5 que «*la présente convention ne s'applique pas... 3 – au transfert de propriété*», et la convention de Vienne indique en son article 4 b que «*la présente convention ne concerne pas... b les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues*» la convention de Rome en revanche n'évoque pas ce point.

Le transfert des risques est, quant à lui, réglé par la convention de La Haye de 1955, laquelle fait dépendre ce transfert de la loi qui régit la vente, et par la convention de Vienne au chapitre IV. Aux termes de celui-ci, le transfert des risques intervient au moment où s'opère la livraison de la marchandise identifiée chez le vendeur, ou entre les mains du transporteur et cela, même si les documents représentatifs de la marchandise sont conservés par le vendeur.

La coexistence de la convention de Rome avec d'autres conventions est abordée par l'article 21 lequel dispose qu'elle «*ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un état contractant est ou sera partie*». L'article 90 de la convention de Vienne comporte des dispositions tendant aux mêmes fins.

Les droits des différents pays se partagent entre deux systèmes. Le transfert de propriété et le transfert des risques interviennent soit par le seul consentement du vendeur et de l'acheteur, soit par tradition, c'est-à-dire par la remise matérielle de la chose.

**1. Le transfert de propriété et des risques par le seul consentement.** On rappellera qu'en droit français, aux termes de l'article 1583 du Code civil «*la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*».

Dans cette conception le transfert du droit de propriété ne découle pas de la bonne exécution des obligations du vendeur – la délivrance par exemple – ou de l'acheteur – le paiement du prix – mais du seul échange de leur consentement.

Dans la pratique, ce consentement se manifeste lors de la conclusion d'un contrat de vente, ou plus souvent lors de l'acceptation par le vendeur de la commande, ou bien encore lors de l'acceptation par l'acheteur de l'offre.

Le transfert de propriété implique par ailleurs le transfert des risques ; ceux-ci sont donc mis à la charge de l'acheteur dès l'instant où celui-ci est devenu propriétaire. Aux termes de l'article 1138 du Code civil : «*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier*».

Les législations de Belgique, du Luxembourg, de l'Italie, de la Grande-Bretagne, des États-Unis, du Japon adoptent des solutions identiques.

**2. Le transfert de propriété et des risques par la remise matérielle de la chose.** Le système consensuel n'est cependant pas le seul comme nous venons de l'indiquer. Il existe aussi un système qui subordonne le transfert de propriété d'un bien mobilier à la remise matérielle de celui-ci à l'acheteur. Lorsque la vente porte sur des marchandises, le transfert de propriété s'opère au moment de leur livraison. Un tel système existe en Allemagne, en Suisse, en Autriche...

En Espagne ou aux Pays-Bas le transfert de propriété pour être parfait exige, lui aussi, la délivrance de la chose. Pareillement dans les pays scandinaves le transfert de propriété ne s'opère à l'égard des tiers que lors de la délivrance. Le cas de l'Italie doit être signalé. Les deux types de vente coexistent en effet et se rencontrent dans les domaines respectifs qui leur sont réservés (*vendita a effetti reali et vendita obbligatoria*).

Par ailleurs, le transfert des risques n'intervient dans ces différents pays que lors de la délivrance de la chose.

Ces deux systèmes – transfert de la propriété et des risques par le seul consentement, ou au contraire, par la remise matérielle de la chose – ne s'appliquent cependant pas de manière impérative dans les différents pays concernés. Aussi bien l'acheteur et le vendeur dès lors qu'ils sont professionnels peuvent-ils aménager en toute liberté les règles posées.

## **B Transfert de propriété et transfert des risques librement déterminés par les parties**

Bien que les différents systèmes fassent coïncider le transfert de propriété et le transfert des risques, le vendeur et l'acheteur ont intérêt à les dissocier. Au demeurant il s'agit de notions distinctes. Selon que la tendance du marché sera favorable à l'un ou à l'autre, le vendeur ou l'acheteur retarderont, ou au contraire avanceront, soit le transfert de la propriété, soit le transfert des risques.

Spécialement en matière de crédit documentaire le vendeur bénéficiaire d'un accreditif à paiement différé entendra retarder le transfert de propriété aussi longtemps qu'il n'aura pas reçu le complet paiement du prix de vente grâce à l'accréditif. Il aura toutefois avantage à transférer les risques dès que les marchandises seront sorties de ses entrepôts. A l'inverse, l'acheteur donneur d'ordre du crédit documentaire cherchera à être le plus tôt possible propriétaire des marchandises pour être en droit d'en disposer, par exemple pour pouvoir conférer une sûreté à la banque émettrice de l'accréditif. L'acheteur aura aussi intérêt à retarder le transfert des risques aussi longtemps que la marchandise ne sera pas livrée dans ses propres entrepôts. Il est important pour la banque émettrice de l'accréditif ou pour celle qui l'a confirmé de connaître précisément qui est propriétaire du bien acquis grâce à celui-ci et qui en assume les risques.

Bien que son engagement soit indépendant du contrat sous-jacent, il est donc primordial pour la banque émettrice de savoir précisément l'époque à laquelle a lieu le transfert de propriété et le transfert des risques.

**1. Les modifications conventionnelles relatives au transfert des risques.** La notion de transfert de risques est essentielle pour la banque, que celle-ci bénéficie d'une sûreté sur le bien financé ou que l'accréditif ait été émis seulement en considération de la marge bénéficiaire générée par l'opération.

Lorsque les parties soumettent la vente à la convention de Vienne celle-ci organise comme nous l'avons vu le transfert des risques (chap. IV art. 66 à 70). Si la convention de Vienne laisse aux lois nationales le soin de se prononcer sur le transfert de propriété (art. 4-b) elle traite, en revanche, le problème du transfert des risques dont elle consacre l'indépendance.

Dans la généralité des cas, les contrats de transport comportent des clauses relatives au transfert des risques. La portée de celles-ci dépend naturellement du mode de transport choisi par les parties. De manière très pragmatique, les solutions retenues par les opérateurs consistent à laisser les risques à celui qui a la maîtrise de la marchandise.

C'est ce principe qui a été posé par l'article 66. Les articles 67, 68 et 69 soulignent, eux aussi, l'importance de la

livraison de la marchandise par le vendeur pour déterminer l'époque à laquelle les risques sont transférés. La livraison est définie comme le retraitement de la marchandise au lieu fixé par le contrat ou au moment de la remise au premier transporteur. Pour qu'il en aille ainsi encore faut-il bien sûr que la marchandise soit identifiée. Afin de pallier un manquement imputable à l'acheteur – retard ou défaut de retraitement – le transfert des risques est réputé intervenir dès la mise à disposition de celui-ci. Enfin le délicat problème pratique de la vente in transitu est réglé par l'article 68 lequel dispose que «*les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu*».

Les règles posées par la convention de Vienne ont été complétées par les Incoterms de 1990 lesquels pour chaque mode de transport lient, eux aussi, le transfert des risques à la livraison. Ils ajoutent toutefois une exigence : le respect des stipulations contractuelles, ce qui ne laisse pas de soulever des difficultés pratiques dans certains modes de transport.

On rappellera que les Incoterms constituent un ensemble de règles préétablies édictées par la Chambre de commerce internationale et très largement utilisées dans le commerce international. Ces règles définissent avec une grande précision, d'une part, la date et le lieu du transfert des risques et, d'autre part, qui, de l'acheteur ou du vendeur, supportera le coût du transport des marchandises d'un point à un autre.

Les Incoterms vont d'une situation où l'acheteur supporte tous les risques à une situation où ces derniers restent entièrement à la charge du vendeur pendant toute la durée du transport jusqu'à la livraison.

Dans le premier cas il s'agit de la vente «*Ex Works*» (*EXW*) laquelle est aménagée par l'article 100 du Code de commerce. Le vendeur se borne à livrer les marchandises dans ses propres locaux. Le transfert des risques à l'acheteur intervient à ce moment-là. Dans le second cas, c'est la vente «*Delivered Duty Paid*» (*DDP*). Alors que la vente à l'usine implique une obligation minimum pour le vendeur, le terme «rendu droits acquittés», lorsqu'il est suivi de la désignation de l'établissement de l'acheteur, exprime une obligation maximum pour lui puisqu'il assumera la charge des «risques» jusqu'à la livraison au lieu convenu.

L'époque à laquelle intervient le transfert des risques dépend étroitement du mode de transport. C'est ainsi que dans les ventes «*Free on Board*» (*FOB*), «*Cost and Freight*» (*CFR*), «*Cost, Insurance and Freight*» (*CIF*) le transfert des risques s'opère au moment où la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement convenu à la date et dans les délais stipulés (18).

En revanche, dans la vente «*Free Alongside Ship*» (*FAS*) et, à l'opposé, dans la vente «*Delivered ex Quay*» (*DEQ*) ou bien dans la vente «*Delivered ex Ship*» (*DES*) le transfert des risques intervient au moment où la marchandise est livrée, c'est-à-dire lorsqu'elle est mise à la disposition de l'acheteur, soit au port d'embarquement convenu dans le premier cas, soit au port de destination, respectivement, sur le quai ou bien à bord du navire dans les deux autres cas.

Pareillement, dans la vente «*Free Carrier*» (*FCA*) (19) les risques sont transférés lorsque la marchandise est remise au transporteur, ou à un transitaire, au lieu désigné et à la date ou dans les délais convenus pour la livraison. Il en va de même pour les ventes «*Carriage Paid To*» (*CPT*) et «*Carriage and Insurance Paid to*» (*CIP*) dans lesquelles c'est lors de la remise au transporteur, ou s'il y a plusieurs transpor-

teurs successifs au premier, que le transfert des risques s'opère.

Enfin dans les ventes «*Delivered At Frontier*» (DAF) et «*Delivered Duty Unpaid*» (DDU) le transfert des risques intervient lors de la livraison de la marchandise, c'est-à-dire lorsqu'elle a été mise à la disposition de l'acheteur au lieu de livraison convenu, à la date et dans les délais stipulés.

Selon la volonté exprimée par les parties, le transfert des risques peut donc intervenir postérieurement au transfert de propriété, et cela à différentes époques du transport. A l'inverse, le transfert des risques peut se produire au moment de la remise matérielle de la chose, c'est-à-dire antérieurement au transfert de propriété, laquelle est alors «réservée».

## 2. Les modifications conventionnelles relatives au transfert de propriété.

**La réserve de propriété.** Si le fait de retarder le transfert des risques est donc de nature à conférer à l'acheteur une plus grande sécurité, le vendeur peut, de son côté, se protéger contre l'insolvabilité de son acheteur en retardant le transfert de propriété jusqu'au complet paiement du prix de vente. On rappellera qu'aux termes d'une clause de réserve de propriété le vendeur demeure propriétaire de ses biens (20) aussi longtemps qu'il n'en a pas reçu intégralement le prix de vente.

Comme nous l'avons vu précédemment en matière de crédit documentaire, la réserve de propriété ne se justifie pas systématiquement. C'est ainsi que la CRP n'a pas d'utilité – pour le bénéficiaire tout au moins – toutes les fois que la réalisation du crédit documentaire a lieu sans réserves document contre paiement puisque, en ce cas, le vendeur est immédiatement payé. En revanche, la CRP présente un intérêt pour le bénéficiaire lorsqu'il ne reçoit pas un paiement immédiat et définitif. De son côté la banque émettrice peut estimer opportun de se faire transférer le bénéfice de la CRP aussi longtemps qu'elle n'aura pas été remboursée intégralement par le donneur d'ordre, et cela quel que soit le mode de réalisation du crédit documentaire.

Ici encore se pose un problème de loi applicable. La CRP est-elle admise par la loi qui gouverne le contrat de vente et quels sont ses effets dans le pays où elle est amenée à s'appliquer (21) ? Une banque française émettrice d'un crédit documentaire selon les instructions de son client établi en France doit bien sûr se préoccuper de ces différents points.

Comme on le sait il fallut attendre la loi du 12 mai 1980 pour voir consacrée en France l'opposabilité de la clause de réserve de propriété stipulée par le vendeur en cas de procédure collective de l'acheteur. La France s'est ainsi rapprochée de la plupart des pays industrialisés. En effet, l'Allemagne, l'Autriche, la Norvège, le Danemark, les Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie, la Suisse (22) notamment, reconnaissent les effets de la réserve de propriété. Il en va de même au Japon ainsi qu'en Grande-Bretagne où la réserve de propriété a été introduite dès 1893 par le «*Sale of Goods Act*» (S. 19), modifié en 1979 (23). En revanche, la Belgique et le Luxembourg connaissent le système qui existait en France avant la loi du 12 mai 1980. Les Etats-Unis ignorent la réserve de propriété (24). Le droit allemand, quant à lui, a un système particulièrement protecteur pour le vendeur (§ 455 du BGB). Très répandue outre-Rhin, la CRP se rencontre dans presque toutes les conditions générales de vente des professionnels livrant avant paiement. Il s'agit soit de la réserve de propriété dite «simple», laquelle n'est soumise à

aucune formalité, soit de la réserve de propriété appelée «prolongée» (25).

La loi du 12 mai 1980 n'a rendu opposable, en cas de procédure collective de l'acheteur, que la réserve de propriété dite «simple» prévue désormais par les articles 115, 121, 121-1 et 122 de la loi du 25 janvier 1985 lesquels ont été modifiés sensiblement par la loi du 10 juin 1994 et complétés par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996. Comme on le sait, pour que le vendeur impayé puisse revendiquer le bien, quatre conditions doivent être satisfaites :

- les opérations ne doivent concerner que les ventes d'objets mobiliers, les meubles corporels et incorporels tels que, par exemple, brevets, marques, logiciels ou fonds de commerce (26). Les biens immobiliers sont en revanche exclus ;
- l'accord du vendeur et de l'acheteur doit ressortir d'un écrit établi au plus tard au moment de la livraison : l'écrit doit être apparent, l'accord de l'acheteur doit être certain (27) ;
- le bien doit être revendiqué auprès de l'administrateur judiciaire, ou du liquidateur, dans les trois mois à partir de la publication au *Bodacc* du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate (28) ;
- le bien revendiqué doit se retrouver en nature chez l'acheteur et être identifiable au moment de l'ouverture de la procédure (29). Cette exigence a été interprétée de manière pragmatique par la jurisprudence de la Cour de cassation que la loi du 10 juin 1994 a consacrée. Désormais, aux termes de l'article 121 dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994, peuvent également être revendiqués les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier dès lors que leur récupération n'occasionne de dommage ni pour les biens eux-mêmes ni pour les biens auxquels ils sont incorporés (30).

En outre, la loi du 10 juin 1994 a facilité la revendication des biens fongibles en permettant au vendeur d'exercer son droit dès lors, bien sûr, que «*se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité*». Un tel ajout intéresse tout spécialement les banques émettrices d'accréditifs selon les instructions de négociants internationaux qui opèrent dans le secteur des commodities.

L'ensemble de ces dispositions est ainsi de nature à permettre à la banque émettrice d'un accréditif de mieux apprécier le risque qu'elle assume lorsque la loi du 25 janvier 1985 est susceptible de s'appliquer. Il en va tout spécialement de l'article 122, lequel autorise le vendeur bénéficiant d'une CRP à revendiquer en totalité ou pour partie le prix de revente du bien lorsque celui-ci n'a pas encore été payé ou compensé à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire du «revendeur». Si le sous-acquéreur ne peut, en vertu de l'article 2279 du Code civil, voir les biens qu'il détient de bonne foi être revendiqués (31) il doit acquitter entre les mains du vendeur initial ce dont il est toujours redevable à l'égard de l'intermédiaire. Le prix encore dû à ce dernier se trouve alors subrogé aux marchandises vendues sous CRP.

Seul le propriétaire d'un bien est donc habilité à conférer une sûreté sur lui. Pour que l'acheteur, en sa qualité de donneur d'ordre du crédit documentaire, puisse affecter en garantie de l'accréditif le bien lui-même, il est nécessaire par conséquent qu'aucune clause de réserve de propriété ne vienne le grever. Si la CRP greève le bien vendu la banque émettrice peut-elle en bénéficier ?

Quelles garanties l'acheteur peut-il consentir à la banque émettrice de l'accréditif sur le bien objet du crédit documentaire, ou sur le produit de sa cession, et quelles sont leurs valeurs ?

## II Nature et portée de la garantie intrinsèque

La garantie intrinsèque sera différente selon que l'on se situe dans la phase achat (A) ou dans la phase vente (B). La phase achat permet au donneur d'ordre d'acquiescer le bien grâce à l'accréditif. La phase vente assure à celui-ci le dénouement de la phase achat par la cession, en l'état, du bien lui-même ou d'un autre bien issu de ce dernier après transformation.

La situation qui va être envisagée ne fait appel ni à la technique du transfert ni à celle du *back to back credit* lesquelles requièrent des conditions spécifiques.

### A La phase achat

Pour garantir l'accréditif qu'elle émet la banque peut, dans la phase achat, bénéficier en pratique de deux sûretés réelles portant sur le bien objet du crédit documentaire, la CRP et le gage, dont il conviendra de déterminer l'efficacité dans l'hypothèse majeure où ces sûretés sont amenées à jouer : «la faillite» du donneur d'ordre.

**1. La subrogation dans la CRP et la mise en gage du bien financé.** Pour que la banque émettrice puisse bénéficier de la réserve de propriété, il importe bien sûr que le vendeur l'ait stipulée à son profit dans le contrat et que l'acheteur l'ait acceptée. Bien que l'engagement documentaire soit indépendant par rapport au contrat sous-jacent, la banque peut toutefois subordonner l'émission de l'accréditif à l'insertion d'une telle clause dans celui-ci.

Il est nécessaire par ailleurs que le vendeur accepte de renoncer au bénéfice de la CRP. Sans doute sera-t-il enclin, comme nous l'avons vu, à ne maintenir ses prérogatives que dans les cas où il ne recevra pas un paiement immédiat et définitif au moment de la remise des documents c'est-à-dire en pratique lorsqu'il se dessaisit du bien. En revanche, le vendeur ne soulèvera pas de difficultés dans le cas d'un crédit documentaire réalisable documents contre paiement puisqu'aussi bien il recevra alors le prix de vente.

Si la subrogation est réalisée en France ce sera bien sûr à la subrogation conventionnelle qu'il sera recouru en pratique. La chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la subrogation conventionnelle était possible même lorsque le subrogé a acquitté une dette personnelle, ce qui est le cas du paiement opéré par la banque émettrice de l'accréditif (32). La banque créditrice ne bénéficie pas en effet de la subrogation légale, son engagement étant autonome par rapport à l'obligation souscrite par l'acheteur en faveur de son cocontractant au titre du prix de vente (33). Conformément aux dispositions de l'article 1250 alinéa. 1 du Code civil la quittance subrogative sous seing privé devra être établie en même temps que le paiement.

Toutefois la Cour de cassation montre une certaine souplesse sur la notion de concomitance lorsque la volonté

de subroger, antérieure au paiement, est incontestable (34). En cas de crédit documentaire à paiement différé la subrogation entre la banque réalisatrice et le bénéficiaire de l'accréditif précède nécessairement le paiement subrogatoire puisqu'elle est convenue lorsque les documents sont levés.

Bien que soumise à la loi librement choisie par le subrogeant et le subrogé, la subrogation est présumée être régie, en l'absence de désignation, par la loi de l'obligation dont le créancier est changé, c'est-à-dire la loi qui gouverne le contrat de vente.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu la possibilité de transférer le bénéfice de la clause de réserve de propriété au profit de la banque subrogée dans les droits du vendeur. Elle a estimé par deux arrêts du 15 mars 1988, d'une part, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que la revendication était exercée par le vendeur ou par un tiers subrogé dans ses droits, et, d'autre part, que la subrogation conventionnelle avait pour effet d'investir le subrogé, non seulement de la créance primitive, mais aussi de tous les accessoires de celle-ci. Il en est ainsi de la réserve de propriété qui assortit la créance du prix de vente et en garantit le paiement. Le caractère accessoire et transmissible de la CRP a été réaffirmé dans un arrêt de la chambre commerciale prononcé le 2 février 1993 (35).

La transmission de la réserve de propriété pourrait intervenir grâce à une cession de créance de droit commun – articles 1689 et suivants du Code civil – ou plus aisément selon les modes simplifiés de la loi du 2 janvier 1981. La banque émettrice de l'accréditif se ferait céder en toute propriété, contre versement du montant de l'accréditif, la créance détenue par le vendeur au titre du contrat de vente lequel est assorti de la CRP. Signalons que la subrogation sera nécessaire même lorsque le crédit documentaire est réalisable documents contre acceptation de l'effet tiré par le bénéficiaire de l'accréditif. En effet la transmission de la CRP ne peut plus s'opérer selon les modes cambiaires en faveur de la banque émettrice ou de la banque confirmatrice. Désormais, aux termes de l'article 9 b III a des Règles et usances de 1994 (brochure 500) le crédit documentaire réalisable par acceptation s'opère exclusivement grâce à un tirage du vendeur – bénéficiaire de l'accréditif – sur la banque émettrice ou sur la banque confirmatrice et non plus au moyen d'un endossement de sa part de l'effet tiré par ses soins sur l'acheteur donneur d'ordre comme le prévoyait l'article 10 a III des Règles et usances de 1984 (brochure 400).

L'autre garantie consistera dans la mise en gage du bien objet du crédit documentaire. L'affectation ne soulève pas de difficulté particulière puisque l'écrit n'est pas requis, l'article 91 du Code de commerce dérogeant à l'article 2074 du Code civil. Par ailleurs la pratique bancaire subordonne l'émission de l'accréditif à la mise en gage du bien dont elle permet l'acquisition. Aussi bien la doctrine (36) estime que «*La constitution d'un gage au profit du banquier n'est généralement pas expresse. Mais en vertu d'un usage constant, la banque dispose d'une sûreté et son existence n'est pas contestée*».

Si l'accord du constituant du gage est donc aisément établi, il en va différemment de la dépossession, sans solution de continuité, du bien affecté. L'on sait qu'il s'agit d'une condition de validité du gage tout au moins lorsque le bien se situera en France et devra y être réalisé.

Sans doute lorsqu'il s'agit de transport maritime

l'endossement ou la remise d'un connaissance – titre représentatif de la marchandise – qu'il soit embarqué ou reçu pour embarquement permet-il une dépossession facile (37). Il en va de même pour le connaissance de transport combiné en cas de transport «multi modal». Bien qu'il n'ait ni les mêmes caractéristiques juridiques ni la même finalité le *delivery order* permet, lui aussi, la conservation du gage lorsqu'il est détenu par le bénéficiaire de la sûreté. En pratique, la détention régulière par la banque de ces documents lui assure la conservation de son gage. Si le transport donne lieu à la création d'une charte-partie, ici encore, la dépossession pourra intervenir grâce, il est vrai, à un aménagement approprié.

Si les autres documents de transport en raison de leur spécificité ne permettent pas aussi facilement la dépossession, toute constitution de gage n'est cependant pas impossible. Tel sera le cas de la lettre de voiture et du récépissé d'expédition ferroviaire, de la lettre de transport aérien, du récépissé postal, de la CMR. La remise de ces titres, non négociables, n'emporte pas en effet un transfert de possession. Si la banque émettrice de l'accréditif entend bénéficier d'un gage sur le bien objet du crédit documentaire il convient alors que celui-ci voyage à son nom. En ce cas l'expédition étant à son nom, elle devra faire procéder, par un intermédiaire spécialisé, à la réception de la marchandise, à son déchargement et aux formalités administratives notamment douanières. Dans l'éventualité où le remboursement n'interviendrait pas lors du déchargement de la marchandise, la banque devra, pour conserver son gage, confier à un tiers détenteur le soin de garder pour son compte le bien gagé. Afin de limiter les frais habituels inhérents à toutes conventions d'entiercement, un contrat de commodat pourra utilement être conclu avec le donneur d'ordre aux fins d'entreposage du bien dans un de ses propres locaux. S'il s'agit de biens fongibles nécessitant une mise sur le marché à intervalles rapprochés un renouvellement pourra juridiquement intervenir, le gage se maintenant par voie de subrogation réelle.

Lorsque le vendeur initial aura stipulé en sa faveur une clause de réserve de propriété celle-ci peut-elle préjudicier aux droits du banquier bénéficiaire d'un gage ?

En théorie le risque ne pourrait exister que si la détention du bien par le créancier gagiste était exempte de bonne foi. A cet égard la Cour de cassation a jugé que le créancier gagiste bénéficiait de la présomption édictée par l'article 2279 du Code civil et qu'aucune recherche ou vérification ne lui était imposée ni par la loi ni par les usages du commerce (38).

Au demeurant le risque n'existera pas en pratique car le vendeur ne pourrait exercer son droit de réservataire que s'il n'était pas payé par la banque émettrice. Or, dans une telle éventualité, la banque ne viendrait pas en concours avec lui puisqu'elle n'aurait pas de créance à faire valoir, du chef de l'accréditif tout au moins.

**2. Les effets du gage et de la CRP.** Quelle sécurité la banque émettrice de l'accréditif peut-elle retirer du gage et de la CRP grevant le bien objet du crédit documentaire en cas de «faillite» du donneur d'ordre ?

Comme l'on sait les droits du créancier gagiste peuvent être frappés de nullité en cas de redressement ou de liquidation judiciaire toutes les fois qu'ils ont été constitués à l'intérieur de la période suspecte, c'est-à-dire dans la période de 18 mois précédant le jugement d'ouverture. Le risque d'annulation n'existe cependant que lorsque la constitution du gage n'est pas concomitante à l'ouverture du crédit documentaire.

Or, en pratique, l'affectation du gage pour sûreté de l'accréditif est convenue entre la banque émettrice et le donneur d'ordre en même temps que la demande d'ouverture de crédit documentaire. Aussi bien résulte-t-elle d'un usage ainsi que nous l'avons vu.

Cette précaution n'est cependant pas suffisante pour conférer une efficacité parfaite au gage en cas de «faillite» du donneur d'ordre, et cela, en dépit du droit de rétention et du droit d'attribution inhérents à cette sûreté.

On rappellera que le droit de rétention permet au créancier gagiste de garder le bien aussi longtemps qu'il n'a pas été désintéressé. Toutes les fois par conséquent que l'administrateur judiciaire aura besoin du bien gagé pour poursuivre l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation, il sera conduit à rembourser le créancier gagiste pour en obtenir sa libération. C'est le «retrait du gage» tel qu'il est organisé par l'article 33 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985. De même, le créancier gagiste pourra, en vertu de son droit de rétention, refuser de restituer le bien pendant la phase d'exécution du plan de continuation, s'il n'obtient pas le paiement de ce qui lui est dû. En revanche, si pendant la période d'observation et pendant la période d'exécution du plan de continuation le bien gagé n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, le créancier gagiste ne pourra pas être désintéressé dans la mesure où il n'aura pas la faculté d'exercer utilement aucun de ses droits (39).

Le droit d'attribution, quant à lui, ne peut être exercé pendant la période d'observation. Il ne peut l'être non plus pendant l'exécution du plan de continuation. Toutefois, le droit d'attribution recouvre ses pleins effets lorsque l'entreprise fait l'objet d'un plan de cession. La chambre commerciale de la Cour de cassation considère qu'aussi longtemps que le créancier gagiste n'a pas été désintéressé de la créance telle qu'elle résulte de sa déclaration de créance, son droit de rétention subsiste (40). En revanche, en cas de liquidation judiciaire le créancier gagiste a le droit de réaliser lui-même l'objet gagé, c'est-à-dire de le faire vendre judiciairement (art. 161 loi du 25 janvier 1985). Il subit cependant, dans cette hypothèse, la concurrence d'un certain nombre de créanciers privilégiés dont le rang est préférable au sien. Parmi ces créanciers privilégiés figurent les salariés – superprivilégiés – le Trésor public, les frais de justice et les créanciers dont la créance bénéficie des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985.

Toutefois le droit de rétention et le droit d'attribution permettent au créancier gagiste d'échapper à un tel concours.

Sans doute l'attribution judiciaire du gage ne peut-elle être exercée qu'à la condition que le liquidateur n'ait pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Elle peut toutefois être exercée avant ce délai de trois mois lorsque le liquidateur entend vendre le bien gagé. En effet, dans cette hypothèse il doit notifier au créancier gagiste l'ordonnance du juge commissaire autorisant la réalisation, quinze jours avant celle-ci. Le créancier gagiste peut alors demander l'attribution judiciaire (art. 159 al. 2 et 3).

Le droit d'attribution ouvert en cas de liquidation judiciaire permet au créancier gagiste de devenir propriétaire de la marchandise après autorisation du tribunal et expertise (41). Le créancier gagiste prime alors les privilégiés dont nous venons de parler.

Il ne risque de subir que le concours de deux privilégiés que l'on ne saurait omettre en matière de crédit documen-

taire et qui, eux aussi, bénéficient du droit de rétention. Il s'agit, d'une part, du commissionnaire de transport et, d'autre part, du transporteur lesquels ont, respectivement, organisé et assumé le transport de la marchandise, objet du crédit documentaire (42).

A la différence du droit d'attribution du gage qui ne peut être exercé qu'en cas de liquidation judiciaire et du droit de rétention dont l'exercice est subordonné à une initiative du liquidateur, la revendication des biens grevés d'une CRP est possible lors des différentes phases de la procédure, période d'observation, plan de continuation, cession ou liquidation judiciaire de l'entreprise.

Le délai pendant lequel la revendication peut être exercée est de trois mois suivant la publication au *Bodacc* du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate. Il s'agit d'un délai préfix.

Si le contrat de vente assorti d'une CRP fait l'objet d'une publicité, le propriétaire de celui-ci est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété (art. 115-1 loi du 25 janvier 1985) ; le propriétaire n'est donc pas tenu de respecter le délai de revendication. Aussi bien pourra-t-il engager, sans délai, une action en restitution de son bien (art. 85-4 du décret du 27 décembre 1985 dans sa rédaction issue du décret du 21 octobre 1994). Lorsque le bien a été revendu par l'acheteur sous CRP le vendeur réservataire peut revendiquer la créance du prix dû par le sous-acquéreur.

Par ailleurs le mandataire liquidateur ne peut vendre un bien grevé d'une CRP dont il a connaissance par l'inventaire sans l'accord du vendeur à peine d'engager sa responsabilité si cette vente intervient avant l'expiration du délai de revendication. La banque émettrice à qui la CRP affectant le bien objet de l'accréditif a été transmise par voie de subrogation bénéficie donc d'une garantie supérieure à celle que lui confère un gage sur ce même bien. La supériorité de la CRP, renforcée par la reconnaissance de son caractère autonome (43), apparaît ici très nettement.

Précisons enfin que l'article 121 alinéa 4 nouveau prévoit qu'il n'y a pas lieu à revendication si le prix est payé immédiatement. Toutefois le juge commissaire peut, avec le consentement du créancier réservataire, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture (art. 40). Dans cette hypothèse la situation du vendeur réservataire pourra donc être moins favorable en cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire puisqu'il risquera d'être primé par les créanciers antérieurs bénéficiant d'une sûreté spéciale.

## **B La phase revente**

A la différence de la phase achat qui est garantie par le bien lui-même objet du crédit documentaire, la phase revente est garantie par le produit de cession de celui-ci. La constitution d'une garantie efficace dans la phase revente suppose, bien sûr, la réalisation d'une condition essentielle à savoir l'existence d'une créance, fut-elle future, à l'égard du sous-acquéreur au moment où l'accréditif est émis.

Cette condition sera néanmoins souvent remplie avec les négociants internationaux (44), plus rarement avec les donneurs d'ordre opérant une transformation de la marchandise acquise. Si l'on écarte certaines techniques – stipulation pour autrui et délégation notamment – auxquelles il ne peut être

que difficilement recouru en pratique, la banque du donneur d'ordre a la faculté de garantir l'émission de l'accréditif en se faisant céder les droits issus de la revente.

La cession portera ou bien uniquement sur la créance résultant du contrat de revente, ou bien encore sur l'accréditif émis le cas échéant selon les instructions du sous-acquéreur, ou bien enfin sur les deux à la fois. Ici encore il conviendra de s'assurer de la valeur de ces cessions en cas de procédure collective du donneur d'ordre de l'accréditif émis en faveur du vendeur initial.

### **1. La cession des créances issues de la phase revente.**

Toutes les fois que la loi française sera désignée valablement par les parties, les conditions d'application de la loi du 2 janvier 1981 étant réunies, la cession de la créance détenue par le donneur d'ordre à l'encontre du sous-acquéreur interviendra par bordereau et non pas conformément aux dispositions des articles 1689 et suivants du Code civil. Il s'agira naturellement d'une cession à titre de garantie pour sûreté de l'émission de l'accréditif comme elle peut intervenir pour sécuriser tout autre engagement par signature. L'acceptation prévue par l'article 6 n'étant pas en pratique recueillie, la banque émettrice de l'accréditif sera privée de la règle de l'inopposabilité des exceptions. Elle ne recevra donc que la créance existant au moment où la cession intervient c'est-à-dire à la date du bordereau (art. 4). Si le sous-acquéreur est situé à l'étranger, il conviendra de satisfaire aux dispositions de la loi locale (45).

Lorsque le vendeur initial bénéficiera d'une clause de réserve de propriété, celle-ci peut-elle préjudicier aux droits du banquier cessionnaire ? Comme nous l'avons vu à propos de l'éventuel conflit entre le vendeur réservataire et le créancier gagiste, le risque n'existe pas en pratique. Il est vrai qu'en théorie une possibilité de conflit existe puisque l'acheteur donneur d'ordre ne peut – comme tout créancier – céder à la banque émettrice de l'accréditif plus de droits qu'il n'en a lui-même. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la cession de la créance détenue par l'acheteur sous CRP à l'encontre du sous-acquéreur ne pouvait préjudicier aux droits du vendeur réservataire, que celle-ci intervienne selon les modalités de la loi Dailly ou par voie de subrogation (46).

Néanmoins, en pratique le risque de conflit est inexistant car le fait pour la banque émettrice de se prévaloir de la CRP implique nécessairement que le vendeur réservataire ait été payé grâce à l'accréditif.

Dans l'hypothèse où le sous-acquéreur fait émettre un accréditif par sa propre banque, la banque de l'acheteur peut également se faire céder, toujours selon les modalités de la loi Dailly, la créance résultant de l'émission de cet accréditif. L'on sait en effet que l'article 49 des Règles et usances (n° 500) permet une telle cession dès lors que le crédit documentaire a été réalisé par son bénéficiaire, ce qui suppose la remise des documents requis dans l'accréditif. L'intérêt de cette cession – que l'article 49 des Règles et usances laisse à la loi d'autonomie – par rapport à la cession de la créance du prix de revente est que la règle de l'inopposabilité des exceptions s'appliquera. En effet, la banque qui a émis l'accréditif selon les instructions du sous-acquéreur devra honorer sa signature, abstraction faite des contestations nées de l'exécution du contrat sous-jacent sauf en cas de remise de documents affectés de fraude ou de défaut de sincérité. Précisons que le bordereau ne sera pas nécessaire lorsque le crédit

documentaire sera réalisable contre acceptation, la cession pouvant alors être opérée selon les modes cambiaires par voie d'endossement de l'effet de commerce.

Toutes les fois que la situation financière de la banque émettrice de l'accréditif d'ordre du sous-acquéreur suscitera une appréhension de la part de la banque intervenant dans la phase achat, celle-ci pourra se faire céder tout à la fois la créance de son client donneur d'ordre à l'encontre du sous-acquéreur et la créance résultant de l'émission de l'accréditif. Il s'agit en effet de deux créances distinctes, la cession du crédit documentaire n'emportant pas, en raison de son indépendance, celle qui procède du contrat sous-jacent. Cette même indépendance rendrait le concours impossible avec le créancier réservataire, à supposer qu'il puisse exister.

**2. Portée de la cession des créances issues de la phase revente.** Si, comme nous l'avons vu, la garantie «intrinsèque» soulève quelques difficultés dans la phase achat en cas de procédure collective du donneur d'ordre, il en va différemment dans la phase revente. En effet le redressement ou la liquidation judiciaire qui viendrait affecter le donneur d'ordre n'aura pas d'incidence sur les cessions chaque fois que celles-ci interviennent concomitamment à l'émission de l'accréditif. L'on sait qu'il est de règle que seules les garanties prises en période suspecte pour dettes antérieurement contractées peuvent être annulées au titre de l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'achat et la revente ne concorderont pas dans le temps que le risque d'annulation pourrait exister. Encore convient-il de relever que dans l'esprit des parties les deux phases sont étroitement liées, seul le défaut d'identité du sous-acquéreur empêchant la formalisation de la cession convenue entre le donneur d'ordre et la banque lors de l'émission de l'accréditif. De même, la cession des créances issues de la phase revente corrélative à la mainlevée du gage ou à la renonciation au bénéfice de la CRP transmis par voie de subrogation, ne sera pas contestée dans l'éventualité où elle interviendrait en période suspecte. En effet, il s'agit d'une substitution de garantie de valeur économique équivalente. Naturellement, si le prix de revente est supérieur au prix d'achat, c'est-à-dire

au montant de l'accréditif émis dans le cadre de la phase achat, la banque reversera à l'administrateur judiciaire ou au mandataire liquidateur la différence sauf lorsqu'une affectation appropriée aura été stipulée. Dans le cas exceptionnel où le prix de revente serait inférieur au prix d'acquisition, il appartiendra à la banque de déclarer son reliquat de créance entre les mains du représentant des créanciers ou du mandataire à la liquidation judiciaire des entreprises en cas de liquidation judiciaire. La solution est identique que le paiement soit opéré par le sous-acquéreur ou par la banque émettrice d'un accréditif selon ses instructions.

Lorsque la banque émettrice est cessionnaire de la créance détenue par son client au titre de la phase revente, comme d'ailleurs lorsqu'elle bénéficie d'une subrogation ou d'un gage dans la phase achat, il est nécessaire qu'elle veille à ce que son client soigne l'assurance ou qu'elle le fasse en son lieu et place s'il ne l'a pas fait. La banque se fera remettre soit une police soit un certificat à son nom couvrant non seulement le risque de destruction du bien mais aussi les dommages causés éventuellement aux tiers par celui-ci. Sur ce point la détermination précise de l'époque à laquelle les risques sont transférés est bien sûr essentielle. Rappelons qu'en cas d'avarie seule la dispache constituera pour l'assuré un titre de créance à l'encontre de la compagnie d'assurance, qu'il s'agisse d'une assurance au voyage ou d'une police flottante avec déclaration d'aliments.

Enfin pour que la garantie intrinsèque joue pleinement son rôle de sûreté de l'accréditif, la banque émettrice devra veiller au risque de change. Aussi bien toutes les fois que le contrat de revente sera libellé dans une devise autre que celle retenue dans l'accréditif au titre du contrat d'achat importera-t-il, pour pallier les risques de variations de cours, d'opérer une couverture de change. A cette fin il pourra être recouru de manière classique à une vente à terme ou à un swap de devises. Néanmoins une gestion moins timorée, sans doute plus active, du risque de change sera facilitée par l'utilisation de techniques moins traditionnelles. Comme l'on sait, celles-ci réservent aux parties l'opportunité de bénéficier de l'évolution favorable des cours grâce à une fixation électorale du montant des *calls* et des *puts*. ■

(1) Seul le mot «accréditif» sera utilisé dans les développements qui vont suivre, lesquels concernent les deux techniques.

(2) Cass. civ. (sect. comm.) 20 octobre 1953, S 54, I p. 121 note Lescot.

(3) Cass. civ. (sect. comm.) 8 décembre 1953 (S 54 I p. 121 note Lescot).

(4) Voir notamment Cass. com. 3 avril 1978 *Bull. civ. IV* n° 103 p. 85 ; Cass. com. 14 mars 1984 *Bull. civ. IV* n° 101 p. 86 ; Cass. com. 7 octobre 1987 *JCP Ed. E* 1988, n° 15102 note J. Stoufflet ; Cass. com. 29 avril 1997. *Quot. Jurid.* 8 mai 1997 n° 37.

(5) Cass. com. 24 novembre 1987. D 88 p. 265 note M. Vasseur.

(6) Cass. com. 29 avril 1997 *JCP Ed. E* 1997 n° 976 note J. Stoufflet.

(7) Cass. com. 23 mars 1955 *JCP* 55 II 8838 note H. Cabrillac.

(8) Paris 7 avril 1959 GP 59-2-316.

(9) Cass. req. 26 janvier 1926 D. 26 I p. 201 note Hamel.

(10) Aix 17 décembre 1980 *Bull. des arrêts d'Aix* 1980 p. 72.

(11) F. Dierckx «L'utilisation de l'*escrow account* dans les opérations de contre-achat», *RDAl* 1985 p. 821 ; D. Doise «Crédits documentaires adossés et comptes provision», (*Banque & Droit* 1989 p. 11).

(12) Cass. com. 9 avril 1996. *Droit et patrimoine* juin 1996 note B. Poullain.

(13) Cass. com. 17 mai 1994 D 95 p. 124 note Ch. Larroumet.

(14) Ph. Kahn «La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels», *Clunet* 66 p. 301.

(15) Cass. civ. 6 juillet 1959 *Rev. crit. DIP* 59 p. 708 note Batiffol.

(16) H. Gaudemet-Tallon «Le nouveau droit international privé européen des contrats». *RTD eur.* 81 p. 215.

(17) Ph. Kahn «La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises», *RIDC* 81 p. 951 ; J.-P. Plantard «Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la convention des Nations unies 11 avril 1980», *Clunet* 88 p. 311.

(18) La circonstance que le chargement nécessite le recours à des allèges est sans incidence sur le moment où les risques sont transférés, le choix du navire dût-il incomber à l'acheteur sauf, bien sûr, le recours du vendeur contre celui-ci.

(19) Cette vente concerne tout à la fois les transports terrestres, aériens et maritimes par conteneur.

(20) La loi du 10 juin 1994 a très opportunément substitué à la notion de marchandises le concept plus large de biens.

(21) Cass. civ. 1<sup>er</sup> 8 janvier 1991. La CRP insérée dans un contrat régi par le droit allemand doit se conformer à la loi de la procédure collective (D 93 som. p. 286 obs. F. Perrochon).

(22) L'opposabilité de la CRP est subordonnée en Italie à la rédaction d'un écrit, sa validité requiert en Suisse un enregistrement.

(23) Toutefois, c'est essentiellement depuis l'arrêt *Aluminium industries Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd* (1976) 2 All ER 552, (1976) 1 WLR 676, prononcé par la cour d'appel de Londres en 1976 que l'on a assisté, en Grande-Bretagne, au développement du *retention of title* dans les contrats de fourniture de marchandises. Cette jurisprudence a été précisée par des arrêts prononcés ultérieurement.

(24) Le Uniform Commercial Code institue toutefois le «*security interest*», droit réel accessoire qui participe de l'hypothèque mobilière

(opposable aux tiers sous réserve de la «perfection» découlant de son enregistrement requis par le UCC).

(25) Elle peut intervenir verbalement et même de manière tacite dans la mesure où elle résulte des usages commerciaux. La réserve de propriété «prolongée» permet, quant à elle, au vendeur de conserver ses droits même en cas de revente ou de transformation de la marchandise dont il peut faire vendre à son profit le bien dont il est issu. La réserve de propriété est alors reportée sur le produit fini.

(26) Pour un logiciel, Versailles 30 juin 1994 *Rev. proc. coll.* 95 p. 191 obs. B. Soinne ; pour un fonds de commerce, Cass. com. 21 novembre 1991 *JCP 96 Éd. E* n° 554 obs. M. Cabrillac.

(27) La loi du 10 juin 1994 a toutefois apporté une amélioration certaine. L'article 121 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994 dispose en effet que la clause de réserve de propriété «peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties». La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur «la loyauté et l'équilibre des relations commerciales» a précisé cette condition. Elle a, en effet, souhaité apporter une solution au problème qui surgissait lorsque les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat étaient opposées sur la CRP. Dans le souci de protéger les vendeurs qui contractent avec des acheteurs «économiquement en position dominante» les conditions générales du vendeur prévalent désormais, sauf s'il y a eu un écrit en sens contraire.

(28) L'article 121-1 dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994 dispose que l'administrateur judiciaire, ou à défaut le représentant des créanciers ou le liquidateur, peuvent acquiescer à la demande en restitution avec l'accord du débiteur. Désormais, ce n'est qu'à défaut d'accord, ou en cas de contestation, qu'une procédure judiciaire est requise laquelle ressortit au juge commissaire appelé également à statuer sur le sort du contrat.

(29) Cass. com. 22 mars 1994 «Défaut de revendication s'agissant de bovins livrés vivants puis abattus et découpés» : perte d'identité - bien nouveau (D 96 som. p. 219 obs. F. Perrochon).

(30) Cass. com. 15 mars 1994 *Bull. civ. IV* n° 110 p. 85. Le moteur installé sur un navire étant demeuré la propriété du vendeur et séparable des autres parties de celui-ci, la CRP stipulée en faveur des vendeurs n'est donc pas privée d'effet par l'article 46 de la loi du 3 janvier 1967 sur l'hypothèque maritime laquelle s'étend «à tous les accessoires, machines, agrès et appareils.»

(31) Cass. com. 19 mai 1987 D 88 som. p. 12 obs. F. Derrida. Le porteur d'un connaissance fluvial, représentant la marchandise, endossé et ne

mentionnant pas la CRP est reconnu de bonne foi.

(32) Cass. civ. 1<sup>er</sup> 7 juin 1978 D 79 p. 333 (1<sup>er</sup> esp.) note J. Mestre.

(33) La contrainte est identique en cas d'émission de garantie indépendante, le recours du garant contre le donneur d'ordre étant alors fondé sur le contrat conclu entre eux à cette fin.

(34) Cass. com. 29 janvier 1991 *RTD Civ.* 91 p. 531 obs. J. Mestre et «La subrogation personnelle» J. Mestre n° 52 et suiv. p. 62.

(35) Cass. com. 15 mars 1988 (2 arrêts), *Bull. civ. IV* n° 106 p. 74 ; Cass. com. 2 février 1993 *Bull. civ. IV* n° 38 p. 26.

(36) J. Stoufflet «Crédit documentaire» - *JCP - Banque et crédit*, fasc. 1080, n° 35.

(37) Cass. com. 26 avril 1994 *DMF* 94 p. 638.

(38) Cass. com. arrêts des 14 et 28 novembre 1989 *RTD Co.* 90 p. 253 obs. B. Bouloc.

(39) La responsabilité de l'administrateur judiciaire serait sans doute engagée s'il ne procédait pas au retrait du gage aux fins de licitation lorsqu'un acte de bonne gestion impose celui-ci (biens périssables ou dont la valeur est susceptible de baisser avec le temps).

(40) Cass. com. 20 mai 1997 *Dalloz Affaires* 1997 p. 763, *Juris-Data* n° 002184. La doctrine s'était déjà prononcée en ce sens : B. Soinne «Traité des procédures collectives» p. 1402 «L'arrêté d'un plan ne permet pas davantage à la juridiction de passer outre à l'existence des droits de rétention ou du gage et d'imposer au créancier la transmission du bien concerné.»

(41) En l'absence d'une doctrine administrative précise sur ce point il existe un doute quant à l'assujettissement du bien gagé à la TVA en cas d'attribution judiciaire de celui-ci. La règle du prorata pénalise, bien sûr, les banques.

(42) Voir pour le privilège du transporteur et le droit de rétention inhérent à celui-ci Rouen 10 mars 1994 *DMF* 95 p. 232 obs. Y.T.

(43) Cass. com. 9 janvier 1996 *JCP 96 Éd. -G-I-* 3935 n° 19 obs. M. Cabrillac et Ph. Petel.

(44) Les négociants internationaux revendent la marchandise «en l'état», celle-ci étant d'ailleurs souvent flottante (d'où l'existence de «daisy chains» sur les connaissances pétroliers).

(45) La doctrine préconise de satisfaire aux exigences de la loi qui gouverne la cession et de se conformer à la règle «*locus regit actum*», Batifol et Lagarde, *Traité T II* n° 611 p. 338.

(46) Cass. com. 20 juin 1989 *Bull. civ. IV* n° 196 (cession Dailly) ; Cass. com. 27 juin 1989 *Bull. civ. IV* n° 203 (affacturage).

# O.D.A.L.

L'AUXILIAIRE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET BANCAIRES

Annonces légales – Balo – Formalités sur toute la France – Renseignements hypothécaires – Traductions simples, jurées et Rapports annuels  
INPI – Urbanisme – Domiciliation – Enregistrements – Nantissements

*Vos besoins de tous les jours au meilleur coût au meilleur délai*

61, rue de l'Arcade 75008 Paris  
Tél. : 01 42 93 02 14 – Fax : 01 43 87 68 20